María Candelaria Domínguez Guillén
Abogada/Doctora en Ciencias mención "Derecho"/Especialista en Derecho Procesal/Profesora Titular /Investigador-Docente Instituto de Derecho Privado: Universidad Central de Venezuela

CURSO DE DERECHO CIVIL III OBLIGACIONES



Revista Venezolana
de Legislación y Jurisprudencia, C. A.
Caracas, 2017

Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A.

Portada: Reinaldo R. Acosta V.
Diagramación: Ediciones Paredes (Isis Pernía)

Depósito Legal N° DC2016001746
ISBN: 978-980-7561-01-3

Correo: revista_venezolana@hotmail.com
Twitter: @la_rvlj
Web: www.rvlj.com.ve

Los Ruices, Edificio Annabela, Caracas-Venezuela. Código Postal 1071
Teléfono: (0212) 234.29.53

CONTENIDO

Dedicatoria | 9
Presentación | 11

PRIMERA PARTE: Teoría General de las Obligaciones

TEMA 1. **Derecho de Obligaciones** | 13

1. Noción | 13
2. Ubicación | 14
3. Contenido | 15
4. Importancia | 15
5. Naturaleza y Características 17
6. Evolución del Derecho de Obligaciones en Venezuela | 22
7. Tendencias modernas | 25

TEMA 2. **La Relación Obligatoria** | 42

1. La relación jurídica | 42
2. Noción | 45
3. Caracteres | 49
4. Elementos | 51
5. Diferencia con el derecho real | 60

TEMA 3. **Fuentes de las Obligaciones** | 65

1. Noción | 65
2. Clasificación | 65
3. Código Civil venezolano | 69
4. Crítica | 70

TEMA 4. **La Obligación Natural** | 75

1. Generalidades | 75
2. Noción | 76
3. Antecedentes | 77
4. Fundamento | 77
5. Casos aceptados y casos discutidos de obligaciones naturales | 78
6. Requisitos | 81
7. Efectos | 82

TEMA 5. **Clasificación de las Obligaciones** | 85

1. Por las particularidades del objeto | 85
2. En razón de si están sometidas
   o no a modalidad (condición o término) | 98
3. En razón de los sujetos | 116

4. En atención a la divisibilidad del objeto
(importante en caso de pluralidad de sujetos) | 123
5. En atención a su vinculación con un derecho
real, la obligación puede ser "ordinaria" o *"propter rem"* | 129
6. En atención a si el objeto constituye una cantidad de dinero:
obligaciones o deudas de dinero y obligaciones o deudas de valor | 131
7. Otras clasificaciones | 140

TEMA 6. **Teoría General del Cumplimiento de las Obligaciones** | 148

1. Cumplimiento normal y voluntario | 148
2. Incumplimiento de la obligación. Clases y causas | 149
3. Incumplimiento de la obligación imputable al deudor. Efectos | 151
4. Tipos de cumplimiento | 162
5. Prueba de las obligaciones | 163

TEMA 7. **Incumplimiento Involuntario: La Causa Extraña no Imputable** | 165

1. Noción | 165
2. Especies | 168
3. Caracteres o requisitos | 172
4. Efectos | 177
5. Distintas especies de obligaciones (la causa extraña en las prestaciones positivas y en las prestaciones negativas. Hipótesis) | 179
6. Prueba | 181
7. Commodum repraesentationis (CC, art. 1345) | 183

TEMA 8. **Dificultad de Cumplimiento
por Onerosidad Excesiva (Teoría de la Imprevisión)** | 186

1. Noción | 187
2. Antecedentes | 187
3. Fundamento | 189
4. Requisitos | 193
5. Efectos | 196
6. Cláusulas que la prevean | 199
7. Diferencias con la causa extraña no imputable | 200

TEMA 9. **Incumplimiento Voluntario Temporal: La Mora** | 202

1. Introducción | 202
2. Noción | 204
3. Casos en los cuales el retardo en el
cumplimiento equivale a incumplimiento definitivo | 207
4. Condiciones para que exista la mora del deudor | 209
5. Casos en los cuales NO es necesario
el requerimiento para que el deudor quede constituido en mora | 215
6. Efectos de la mora | 219
7. Cesación de la mora | 223

8. La mora del acreedor | 223

TEMA 10. **Efectos del Incumplimiento Voluntario: La Responsabilidad Civil Contractual del Deudor** | 226

1. Generalidades | 226
2. Requisitos de la responsabilidad contractual | 228

TEMA 11. **Circunstancias Eximentes y Atenuantes de la Responsabilidad Civil** | 270

1. Generalidades | 270
2. Circunstancias eximentes | 270
3. Circunstancias atenuantes (se queda sujeto a reparar parte del daño) | 273

TEMA 12. **La Reparación del Daño** | 275

1. Reparación en especie y reparación por equivalente | 275
2. La reparación por equivalente. El resarcimiento del daño | 275

TEMA 13. **La Responsabilidad Contractual y Extracontractual** | 281

1. Unidad de la responsabilidad civil | 281
2. Diferencias de régimen jurídico entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual | 283
3. El problema del "cúmulo" de las responsabilidades contractual y extracontractual | 286

TEMA 14. **La Regulación Convencional de la Responsabilidad Civil (Cláusulas Convencionales)** | 291

1. Generalidades | 291
2. Cláusulas de exoneración total | 292
3. Cláusula de responsabilidad limitada | 294
4. Cláusulas de ampliación o agravación de la responsabilidad del deudor | 295
5. La cláusula penal | 296
6. Las arras | 301

TEMA 15. **Transmisión de las Obligaciones** | 304

1. Noción | 304
2. Evolución histórica | 304
3. Clasificación | 305
4. La cesión de créditos | 306
5. La asunción, cesión o transmisión de deuda | 311
6. Cesión del contrato | 315
7. Cesión de bienes | 319

TEMA 16. **Acciones Protectoras del Crédito** | 321

1. La protección del crédito | 321

2. Acción oblicua | 323
3. Acción pauliana | 330
4. Acción de simulación | 340

TEMA 17. **Modos de Extinción de las Obligaciones: El Pago o Cumplimiento** | 349

1.Generalidades | 349
2.Noción | 353
3.Naturaleza jurídica | 355
4.Funciones | 357
5.Condiciones o requisitos | 358
6.Sujetos o legitimados | 359
7.Principios | 362
8.Objeto | 364
9.Tiempo | 366
10. Lugar | 367
11. Gastos | 368
12. Prueba | 368
13. Efectos | 369
14. Imputación de pagos | 370
15. Oferta real y depósito subsiguiente | 372

TEMA 18. **Formas de Extinción de las Obligaciones Diferentes del Pago que Satisfacen al Acreedor** | 377

1. Generalidades | 377
2. Pago con subrogación | 378
3. Dación en pago | 387
4. Compensación | 411

TEMA 19. **Formas de Liberación del Deudor sin Satisfacción del Acreedor** | 421

1. Novación | 421
2. Delegación | 432
3. Remisión de deuda | 437
4. Confusión | 443
5. Prescripción | 448

SEGUNDA PARTE
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

TEMA 20. **El Contrato** | 468

1. Generalidades y noción | 468
2. Caracteres | 472
3. Importancia | 473
4. Clasificación | 474

5. Elementos o condiciones | 490
6. El objeto | 509
7. La causa | 522
8. La capacidad | 532
9. Formación | 541
10. Validez (inexistencia y nulidad) | 561
11. Efectos | 577
12. Cumplimiento | 578
13. Interpretación | 587
14. Contratos bilaterales. Reglas y acciones | 591
15. Teoría de los riesgos | 605

TEMA 21. **La Gestión de Negocios** | 611

1. Noción | 612
2. Naturaleza | 613
3. Elementos o requisitos | 614
4. Efectos | 616
5. Ratificación | 617
6. Prueba | 617

TEMA 22. **El Pago de lo Indebido** | 618

1. Noción | 618
2. Naturaleza | 618
3. Condiciones o requisitos | 619
4. Efectos | 621
5. Casos en que no procede | 622

TEMA 23. **El Enriquecimiento sin Causa** | 624

1. Generalidades y noción | 624
2. Requisitos | 628
3. Efectos | 631

TEMA 24. **La Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito** | 634

1. Noción | 634
2. Fundamento | 637
3. La responsabilidad civil por hechos propios culpables | 639
4. Responsabilidades civiles especiales o complejas | 649

TEMA 25. **El Abuso del Derecho** | 681

1. Noción | 681
2. Naturaleza | 683
3. Criterios | 685
4. Requisitos o condiciones | 687
5. Efectos | 689

TEMA 26. R**egímenes Especiales de Responsabilidad Civil** | 690

1. Generalidades | 690
2. Referencia a la responsabilidad objetiva | 690
3. Responsabilidad civil por tránsito | 691
4. Responsabilidad civil por transporte aéreo | 704

A *María Soledad y Miguel Andrés,* con el deseo de poder acercarme cada vez más a su mundo, que luce lejano de preocupaciones e impregnado de una sublime inocencia.

PRESENTACIÓN

El presente texto trata de condensar en forma sistemática y relativamente documentada los principales temas de la asignatura *Derecho Civil III Obligaciones*. No pretendemos profundizar arduamente los distintos tópicos, sino contrariamente, ofrecer al abogado y al estudiante las nociones básicas de la materia, con recientes referencias bibliográficas especiales y notas jurisprudenciales que permitan transitar a un conocimiento más detallado. Tal vez no en todos los temas hemos logrado la brevedad que deseábamos, pero ello no es únicamente imputable a nosotros, sino a la extensión de una materia por lo demás fascinante.

Nuestro gusto por el Derecho Civil patrimonial comenzó hace más de dos décadas al ser alumna del Doctor Enrique Lagrange, quien fuera nuestro profesor de Derecho Civil II, Derecho Civil III y Contratos y Garantías en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Sus profundas, claras y críticas explicaciones de clase son extensamente citadas a los largo de nuestro estudio. Nos paseamos durante años por el Derecho Civil extrapatrimonial, pero últimamente nos resulta imposible alejarnos de una materia que no obstante ser tan vasta como compleja, presenta tantas aristas que nunca nos deja de entretener. Luego de escribir algunos artículos y compartir la magnífica experiencia de la docencia en la materia, nos dimos cuenta de que las notas de clase debían ser difundidas.

Debo extender mi agradecimiento a quien fue mi alumna, pasante y luego mi colega Indira García Calles, quien revisó minuciosa y críticamente todo el texto, amén de sus constantes palabras de estímulo.

A mis colegas de la Cátedra de Obligaciones: Ángel Álvarez Oliveros, por facilitarme gran parte de las referencias jurisprudenciales aquí citadas; a Claudia Madrid, por su orientación bibliográfica cuando me acerqué a la materia; a Sacha Fernández y Mauricio Rodríguez Yáñez por leerse críticamente algunos de los capítulos; a Sheraldine Pinto y Juan Croes por suministrarme referencias documentales; a José Annicchiarico y Tamara Adrián por responderme vía electrónica algunas dudas. Extiendo mi agradecimiento a otros profesores de diversas cátedras que igualmente colaboraron en la lectura de algunos capítulos, a saber, Carlos Pérez Fernández, Ramón Alfredo Aguilar, Yaritza Pérez Pacheco, Edsa Sánchez y María Luisa Tosta. Finalmente por sus eventuales pero valiosos comentarios y auxilio documental a los profesores Enrique Urdaneta Fontiveros, James Otis Rodner, Nayibe Chacón y Daniel Zaibert.

A quienes fueran mis alumnos de Obligaciones en los Cursos de Verano de 2012, 2013 y 2014, pues sus inquietudes, dudas y estímulo, lograron

aumentar mi pasión por la asignatura. Como siempre, al amable personal de la Biblioteca, a los Editores por asumir el presente texto en estos tiempos y –a riesgo de pecar de predecible– a mi mayor apoyo académico y de vida, mi esposo Miguel Ángel Torrealba Sánchez, porque me incentiva y disfruta mis logros como nadie. Aunque, si mi amado padre viviera, serían dos.

Presentamos pues, el resultado de varios años de estudio de una materia, cuya mayor dificultad, además de comprenderla cabalmente, podría resultar sintetizarla, pues cada uno de sus temas es susceptible de ser desarrollado –como lo han sido algunos– a la profundidad de complejas monografías. La doctrina patria se ha hecho sentir en el área, con monografías, artículos y manuales. En razón del carácter universal que se le reconoce a la materia, también hicimos uso de la doctrina extranjera, siendo particularmente útil con ocasión de las nociones generales. Con el soporte de tales, hemos querido mostrar un panorama del Derecho Civil III, sin perder el estilo de nuestros textos anteriores. Con el deseo de que tenga una acogida semejante a estos, nos atrevemos pues a acercarnos al complejo mundo de las Obligaciones.

El alcance general de sus principios, la impecable racionalidad de sus normas, la riqueza inagotable de sus instituciones y la proyección de su importancia en cualquier área, hacen de la asignatura, si no la más transcendente de la carrera, al menos la que más logra absorber al apasionado estudioso del Derecho.

PRIMERA PARTE:
TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

TEMA 1
Derecho de Obligaciones[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Ubicación 3. Contenido 4. Importancia 5. Naturaleza y Características 6. Evolución del Derecho de Obligaciones en Venezuela 7. Tendencias modernas*

1. Noción

Si la obligación es un vínculo jurídico que une al acreedor y al deudor, es fácil advertir que el Derecho de Obligaciones es aquél que regula ese lazo de derecho, en todo su esplendor o extensión, a saber, nacimiento, efectos, extinción, fuentes, etc. Se ubica la materia que nos ocupa en aquella rama

---

[1] Véase: MADURO LUYANDO, Eloy: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 7ª edic., 1989, pp. 13-6; RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *Obligaciones.* Caracas, Librosca, 3ª edic., 2007, pp. 3-21 (también del autor http://www.ventanalegal.com/obligaciones/sentenciaintro.htm); PALACIOS HERRERA, Oscar: *Apuntes de Obligaciones.* Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Ediciones Nuevo Mundo, mayo 2000, Taquígrafo Rafael Maldonado G., pp. 3-7; BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, T. I, pp. 11-43; OCHOA GÓMEZ, Oscar E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, T. I, pp. 31-47 (del mismo autor: *Preámbulo a la Teoría General de las Obligaciones:* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 3-26. En lo sucesivo al referirnos al autor se entenderá a "*Teoría...*"); SUE ESPINOZA, Carmen: *Lecciones de Derecho Civil III.* Valencia, Universidad de Carabobo, 2011, T. I, pp. 29-38; SEQUERA, Carlos: *Principios generales sobre las obligaciones en materia civil.* Caracas, Tipografía Americana, 1936, pp. 7 y ss.; ZAMBRANO, Freddy: *Obligaciones.* Caracas, edit. Atenea, 3ª edic., 2008, pp. 21 y ss.; HARTING R., Hermes D.: *La Didáctica de las Obligaciones (casos prácticos).* Caracas, Ediciones Liber, 2009, pp. 13 y ss.; MILIANI BALZA, Alberto: *Obligaciones Civiles I.* Caracas, Marga Editores S.R.L, 1999, pp. 9-17; CALVO BACA, Emilio: *Derecho de las Obligaciones.* Caracas, Ediciones Libra, 2008, pp. 1-11; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación (Parte General de las Obligaciones). La estructura.* Caracas, Edit. Arte, 1985; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Noción de la Obligación.* En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo I, pp. 621-656; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *La estructura de la obligación.* En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Nº 3, 1966-67, pp. 89-154; RODRÍGUEZ, Manuel Alfredo: *Heurística del Derecho de Obligaciones.* Venezuela, Edit. Arte, 2009, pp. 213 y ss.; RAMÍREZ, Alberto: *Obligaciones.* Caracas, Universidad Santa María, s/f, pp. 5 y ss.; ACEDO PENCO, Ángel: *Teoría General de las Obligaciones.* Madrid, Dykinson, 2ª edic., 2011, pp. 19 y ss.; ABELIUK MANASEVICH, René: *Las Obligaciones.* Colombia, Editorial Jurídica de Chile, 1993, T. I, pp. 15 y ss.; LASARTE, Carlos: *Derecho de Obligaciones. Principios de Derecho Civil II.* Madrid, Marcial Pons, 16ª edic., 2012, pp. 3 y 4; OSSORIO MORALES, Juan: *Lecciones de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos (Parte General).* España, Comares, 2ª edic., s/f (depósito legal de 1986), pp. 9-12; MARTÍNEZ de AGUIRRE ALDAZ, Carlos y otros: *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones.* Madrid, Colex, 3ª edic., 2011, Vol. II, pp. 41 y 42. Utilizaremos igualmente a lo largo del texto las consideraciones de quien fuera nuestro profesor de Derecho Civil III, Enrique Lagrange *(Apuntes de Obligaciones)*, que tomé cuando fui su alumna en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en el año 1991-92.

del Derecho Civil Patrimonial que estudia la relación obligatoria. Y en este sentido apuntan las distintas nociones encontradas.

El Derecho de Obligaciones es la rama del Derecho Civil (o Derecho Privado General) que estudia la relación obligatoria, vista desde tres ángulos distintos: en su concepto, fuentes y efectos[2]. Es aquella parte del Derecho Civil que estudia la responsabilidad patrimonial de la persona[3]. Para Lete del Río es la rama del Derecho Civil en la que se contienen los principios y normas que regulan la constitución, modificación o extinción de la relación obligatoria[4]. Regula las obligaciones jurídico-privadas en la acepción estricta del término[5]. Así pues, como su denominación lo denota (Derecho de Obligaciones o Derecho Civil III) el objeto de tal rama del Derecho Civil es la "obligación" o más precisamente la "relación obligatoria".

En el Derecho de Obligaciones se elabora una teoría abstracta de las obligaciones[6]. Por lo que aunque es lógico que la materia se integre de considerables normas sustantivas, las mismas se traducen en la aplicación jurídica de instituciones que soportan la teoría general de la materia, así como sus fuentes. Frecuentemente se califica al Derecho de Obligaciones como derecho de tráfico e intercambio de bienes reglamentando predominantemente sus negocios característicos[7].

2. Ubicación

La materia se ubica o encuadra dentro del *Derecho Civil o Derecho Privado General*[8], en su parte *patrimonial*. El derecho privado general según su naturaleza tiene normas de contenido patrimonial y extrapatrimonial. El Derecho de Obligaciones tiene carácter patrimonial[9], pecuniario o económico. Existe una parte en principio extrapatrimonial del Derecho Civil conformada sustancialmente por la Persona (Derecho Civil I) y Familia. Finalmente, se aprecia un área del Derecho Civil que constituye una mezcla entre lo patrimonial y lo familiar, a saber, el Derecho Sucesorio pues aunque

---

2 Rodríguez Ferrera, *ob. cit.,* p. 12.

3 Álvarez Caperochipi, José Antonio: *Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría General de la Obligación.* Madrid, Civitas, 2000, Vol. I, p. 21.

4 Lete del Río, José M.: *Derecho de Obligaciones. La Relación Obligatoria en general.* Madrid, Tecnos, 3ª edic., 1995, Vol. I, p. 21.

5 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.,* p. 41.

6 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 32; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 11; Sequera, *ob. cit.*, p. 31, "la teoría de las obligaciones constituye una de las materias más abstractas y por consiguiente de las más propias al intercambio".

7 Larenz, Karl: *Derecho de Obligaciones*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz, p. 16.

8 Véase: Domínguez Guillén,María Candelaria: *Sobre la noción de Derecho Civil.* En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello 2007-2008, Nº 62-63, 2010, pp. 81-97 (http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/62-63/UCAB_2007-2008_62-63_81-97.pdf); Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I Personas.*Paredes. Caracas, 2011, pp. 19-27.

9 Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 14 y 15.

normalmente se le asigna contenido económico, sus normas contienen un importante componente familiar.

"Obligaciones" a la par de "Bienes o Derecho Reales" (Derecho Civil II) y "Contratos y Garantías", conforman las asignaturas que integran el sector netamente patrimonial del Derecho Civil[10]. Así se afirma que si bien el Derecho Civil regula la persona, la familia y el patrimonio[11], este último conforma el "Derecho Civil patrimonial", que a su vez regula la circulación de los bienes, las obligaciones y contratos[12]. Se presenta sin lugar a dudas como la parte más fascinante del Derecho Civil patrimonial, contentiva de los principios regulares de éste, que por su carácter fundamentalmente inmutable, contiene la teoría general que inspira buena parte de sus instituciones.

3. Contenido[13]

El contenido programático de la materia de "Obligaciones" puede dividirse en dos grandes partes, lo cual se proyecta inclusive en el programa de la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, a saber, una primera parte relativa a la "*Teoría General de las Obligaciones*" y una segunda referida a las "*Fuentes de las Obligaciones*".

La Teoría General de las Obligaciones estudia en puridad la obligación: noción, estructura o elementos, clases, efectos, cumplimiento, acciones protectoras del acreedor y extinción de las obligaciones. Las fuentes de las obligaciones: contrato, enriquecimiento sin causa, pago de lo indebido, gestión de negocios, hecho ilícito, abuso de derecho y regímenes especiales de responsabilidad civil.

En sentido amplio, la expresión "Derecho de Obligaciones" comprende la temática propia de las obligaciones en general, la teoría general del contrato, el estudio de los cuasicontratos y la responsabilidad civil[14].

4. Importancia

Muchos son los ejemplos, por no decir infinitos, de la cotidianidad en que acontecen obligaciones. Rodríguez Ferrara refiere varias situaciones: deuda por compra, pago de lo indebido, gestión de negocios, responsabilidad civil[15]. "En la vida diaria es fácil observar que las relaciones jurídicas obligacionales se establecen con mayor número y frecuencia que cuales-

---

[10] Pues el "*Derecho Sucesorio*" si bien se presenta fundamentalmente patrimonial, contiene importantes normas cargadas del Derecho de Familia, amén que en el acto testamentario se pueden incluir disposiciones de contenido no patrimonial.

[11] Véase: Domínguez Guillén, *Manual...,* p. 21.

[12] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 43.

[13] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 15-17; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 25-27.

[14] Lasarte, *ob. cit.*, p. 3.

[15] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 3-8.

quiera otra de las relaciones jurídicas"[16]. El desarrollo de la industria y del comercio explica que el mayor número de los asuntos legales constituyen aplicaciones prácticas de la teoría de las obligaciones[17]. A cada momento estamos celebrando contratos, aunque sean de cuantía insignificante y sin formalidades de ninguna clase alguna. No puede dudarse de la importancia práctica del Derecho de Obligaciones no solo en el campo del Derecho Civil sino en la totalidad de los restantes sectores de la ciencia del Derecho[18], como es el caso del Derecho público[19]. Se trata pues de una materia de notable incidencia práctica y cotidiana, que marca o define a su vez los lineamientos o bases de otras ramas del Derecho Civil (como "Contratos y Garantías"), del Derecho Privado (como "Derecho Mercantil") y se proyecta inclusive en el Derecho en general.

"Su importancia es indiscutible. Discurre por todos los campos del Derecho, y no hay área del mismo que no disponga sobre obligaciones. En cualquier lugar del mundo jurídico que nos ubiquemos las encontramos"[20]. No sin razón se afirma que la materia constituye la médula espinal de la carrera de Derecho. La cabal comprensión de sus nociones y principios, sin lugar a dudas, se proyectará en una aguda formación del profesional que le servirá en otras ramas del Derecho[21] y en la realidad cotidiana del ejercicio profesional[22]. No en vano se ha calificado el Derecho de las Obligaciones como el "Centro del Derecho Civil", pues las reglas fundamentales de las obligaciones constituyen las primordiales del Derecho, se demuestra con el hecho que aquellas pueden comprenderse sin el auxilio de ninguna otra noción jurídica, son accesibles a los que ignoran las demás. Ninguna materia del Derecho presente este mismo carácter[23].

---

[16] Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 34 y 35, el autor agrega su importancia socioeconómica, moral y gran cantidad de jurisprudencia; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 14, presenta elevado nivel de incidencia en la vida real.

[17] Sue Espinoza, *ob. cit.*, p. 31, agrega citando a Giorgio "por eso nunca será eficaz la actuación del abogado que carezca del dominio pleno de los derechos personales. No será autorizado su consejo, ni útil su defensa"; Uribe-Holguín, Ricardo: *De las Obligaciones y del Contrato en general.* Bogotá, Temis, 1982, p. 4, no puede haber buen civilista que no conozca a fondo la teoría general de la obligación y del contrato, ni hay buen jurista que no sea buen civilista.

[18] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 19.

[19] Véase: Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 11, la materia sobrepasa los límites del Derecho Privado, para penetrar en la esfera del Derecho Público, pues incluso a la contratación administrativa, no obstante regirse por leyes especiales, se aplican en general las disposiciones sobre Obligaciones y Contratos. Véase en general: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián: *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones.* Madrid, edit. Civitas, 1996.

[20] *Obligaciones.* Universidad Libre Colombia. Seccional Cúcuta, http://redobligaciones3.blogspot.com/p/1-importancia-derecho-obligaciones.html.

[21] Véase nuestros comentarios sobre la importancia del Derecho Civil en general: Domínguez Guillén, *Sobre la noción de Derecho Civil...*, p. 91.

[22] Véase a propósito del Derecho Civil en general, pero ciertamente aplicable al ámbito que nos ocupa: *ibid.*, p. 97.

[23] Bonnecase, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil.* México, edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995, traducción Enrique Figueroa Alfonzo, pp. 639 y 640.

5. Naturaleza y Características[24]

El carácter abstracto y teórico[25] de la materia suele ser referido por la doctrina. Los efectos y estructura de las obligaciones generalmente son invariables o al menos comunes en la generalidad de los ordenamientos jurídicos. La asignatura es calificada como la "matemática" del Derecho, viendo algunos la relación obligatoria como una suerte de relación geométrica. De allí sus caracteres fundamentales:

5.1. *Universalidad*: Los principios que rigen la materia de las Obligaciones son semejantes en los diversos ordenamientos aunque sean diferentes[26].

5.2. *Permanencia*: Dado su contenido de "teoría general" algunos ven la materia "invariable en el tiempo". Se afirma que el Derecho de Obligaciones ha sido en cierta medida resistente o impermeable a las influencias ideológicas, sociales y políticas, o por lo menos sin afectar la esencia misma de las instituciones[27].

Se refiere sin embargo, que el adjudicado carácter inmutable de las Obligaciones es una simple "ilusión": no es cierta la pretendida permanencia de la materia[28], lo que sucede es que las variaciones son más lentas que otras ramas del Derecho como el de Familia, pues desde el Derecho Romano[29]

---

[24] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 17 y 18.

[25] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 23, afirmaba Saleilles que la materia de las Obligaciones constituye una parte esencialmente teórica y abstracta, lo cual da a esta parte del Derecho un carácter de obra racional y científica más acentuado.

[26] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, p. 27. Véase sin embargo: Frassek, Fran: La formación de los juristas en el nacionalsocialismo. En: Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho Año 4, Nº 7, 2006, traducción coordinada por Laura Beatriz Elbert, p. 90 , en Alemania en 1935 desaparecieron las denominaciones de cursos tales como "Parte General" y "Derecho de las Obligaciones", y se reemplazaron por "Contrato e Injusticia" o "Mercaderías y Dinero", reduciéndose considerablemente la cantidad de cursos de Derecho Civil y sus correspondientes horas de cátedra. Según dicha postura, esta "unidad conceptual del Derecho" se basaba "en ciertos conceptos generales pensados en forma abstracta que habrían sido utilizados en todos los campos del Derecho de igual forma.

[27] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 23.

[28] Véase: Lagrange (*Apuntes*...); Sequera, *ob. cit.*, p. 8, los principios del Derecho Romano en materia de Obligaciones no son verdades geométricas, de exactitud matemática, de aplicación universal y eterna, sino que están sometidos a cambios y han sufrido, en la larga evolución de las instituciones jurídicas de la humanidad, apreciables transformaciones, impuestas por las necesidades de la época; Planiol, Marcel y Georges Ripert: *Derecho Civil.* México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996. Trad. Leonel Pereznieto Castro, p. 614, se repite con insistencia que las obligaciones representan la parte inmutable del Derecho, tal parece que sus reglas principales son verdades universales y eternas como las de la geometría y aritmética. Esto es una ilusión. Es indudable que esta materia está menos sometida que las demás a los cambios de las revoluciones políticas, pero no escapa a ellos por completo, aunque sus trasformaciones sean más lentas.

[29] Véase: Álvarez, Tulio Alberto: *Las institutas de Justiniano II-Obligaciones.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello/ Universidad Monteávila, 2012 (*in totum*). Véase también: Rodríguez Ennes, Luis: *En torno al Derecho romano de Obligaciones*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Nº 5, 2001, pp. 693-710, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2117/1/AD-5-29.pdf, especialmente pp. 709 y 710.

hasta la fecha han acontecido variaciones sustanciales[30]. Aunque Obligaciones y Contratos es la parte del Derecho Civil que durante más tiempo se ha mantenido apegada a la tradición romana[31].

Álvarez Caperochipi alude a dos principios informadores del Derecho moderno de Obligaciones, a saber:

5.3. *Patrimonialidad de la responsabilidad*: Supone necesariamente que el deudor responde con todo su patrimonio y no con su persona. Ello *"significa el fin de la coacción personal"* que era el modo ordinario de exigencia de la obligación en el antiguo régimen. La historia presenta estremecedores relatos de deudores encarcelados por no pagar sus deudas, lo que repugna a la mentalidad moderna. Por ello, los tipos penales derivados del incumplimiento de obligaciones civiles son excepcionales (estafa, apropiación indebida o provisión de cheque sin fondo). Ha quedado en la historia la entrega personal del deudor incumplidor al acreedor o la prisión por deudas[32]. La garantía del acreedor para la ejecución práctica de la obligación, no es ya la persona del deudor, sino el patrimonio de éste[33].

En los inicios la sanción al incumplimiento recaía sobre la persona del deudor, pero luego tuvo lugar la humanización de los procedimientos ejecutorios romanos. Luego en la época del Derecho clásico se asumió en forma irrevocable que la ejecución es esencialmente patrimonial. Hoy constituye un principio general que la obligación responde a un concepto económico y patrimonial y no de sujeción persona[34]. La responsabilidad civil patrimonial circunscribe la sanción de que puede ser objeto el infractor de un deber jurídico a todos sus bienes habidos y por haber (artículo 1863 del Código Civil), de aquí tenemos como corolario que la garantía por excelencia en materia de responsabilidad civil (tanto contractual como extracontractual) es el patrimonio de toda persona[35].

---

[30] Y así refiere Lagrange (*Apuntes*...) que importantes son las variaciones desde el Derecho Romano en el cual inicialmente se daba en garantía nada menos que la propia persona (fue en el año 428 que surge la responsabilidad patrimonial en Roma); no se conoció el contrato consensual pues la estrechez romana requería la *traditio*; tampoco existió algo parecido al artículo 1.185 del CC. El Derecho Medieval que da paso a la autonomía y al valor de la palabra empeñada es el que informará el consensualismo.

[31] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 11.

[32] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 19; Moisset de Espanés, Luis: *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires, Zavalia, 2004, T. I, pp. 39 y 40, el autor duda que con el espíritu profundamente práctico de los romanos pudieran obtener alguna satisfacción matando al deudor porque ello no le produciría beneficio. Pero en todo caso el aspecto patrimonial siempre existió.

[33] Sequera, *ob. cit.*, p. 69.

[34] Gorrín, Guillermo: *La responsabilidad civil patrimonial y el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil*. En: El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. I, pp. 95 y 96.

[35] *Ibid.*, p. 97.

"Resulta llamativo que la idea de responsabilidad personal del deudor todavía estuviera vigente hasta mitad del siglo XIX en la pena de prisión por deudas"[36]. Actualmente, como el acreedor no tiene efectivamente ninguna medida personal coactiva contra el deudor, el patrimonio de éste es la única garantía para el cumplimiento de la obligación, inclusive en aquellas prestaciones de carácter personal cuyo incumplimiento queda reducido a una indemnización de tipo pecuniario[37]. La consecuencia del incumplimiento de la obligación está limitada a la sola agresión del patrimonio del deudor[38]. Se alude así al "principio de la responsabilidad patrimonial universal"[39] como componente esencial que integra la estructura de la obligación, pues su dinámica es la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento que se hará efectivo sobre su patrimonio abolida la prisión por deudas[40], responsabilidad que es personal y universal[41]. Se señala así entre los principios rectores del Derecho Civil que el patrimonio es la prenda común de los acreedores[42].

5.4. *Libertad de obligarse*: El principio de la autonomía de la voluntad[43] es, a decir de Álvarez Caperochipi, el otro pilar del moderno Derecho de

---

36 Bernad Mainar, *ob. cit.,* p. 57.

37 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.,* p. 20.

38 Sue Espinoza, *ob. cit.*, p. 33.

39 Véase: Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 257-313.

40 Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 211.

41 *Ibid.,* pp. 212 y 213, entre los caracteres ubica: se trata de una responsabilidad general, deriva del incumplimiento del deudor, es de carácter personal pues el deudor es responsable como persona física o jurídica a diferencia de la responsabilidad real en que responde un bien, es una responsabilidad patrimonial y es universal. Se agrega que tiene carácter imperativo pues no caben pactos para impedirla; Puig i Ferriol, Lluis y otros: *Manual de Derecho Civil.* Madrid, Marcial Pons, 3. edic., 2000, p. 335.

42 López Mesa, Marcelo J.: *De nuevo sobre los principios rectores de nuestro Derecho Civil (un tema escaso de aportes conceptuales en la doctrina latinoamericana)***.** En: V Jornadas Anibal Dominici Homenaje Dr. José Muci-Abraham. Títulos valores, Contratos Mercantiles. Coord. José Getulio Salaverría L., 2014, p. 346.

43 Véase: De Freitas De Gouveia, Edilia, *"*La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural"*,* En *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* Nº 1, Caracas, 2013, pp. 37-181; Madrid Martínez, Claudia, "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados". En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Colección de Libros Homenaje, Nº 14, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 757- 814; Madrid Martínez, Claudia, *La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo,* pp. *23-25* www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20 CONTRACTUAL.pdf; (también en: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 105-140); Mélich Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 5ª edic., 1ª reimpresión, Serie Estudios 61, 2012, pp. 19-24; Soro Russell, Olivier: *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual,* Departamento de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2007, http://eprints. ucm.es/.../DEA_El_principio_de_la_autonomía_de_la_voluntad_...; Hernández-Bretón, Eugenio, *"Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho Internacional Privado",* en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nº 71, 1988, pp. 377-420; Rondón, Andrea: *¿El principio de la autonomía de la voluntad en Venezuela?* Julio 2013, http://cedice.org.ve/autonomia-de-la-voluntad-

Obligaciones, reflejado en la libertad de contratar en la forma que se estime conveniente[44], constituye una de las expresiones fundamentales y más genuinas de la autonomía de la persona[45], que se hace efectiva, a través de la principal fuente de las obligaciones, a saber, el "contrato"[46]. Denominado también por ello "libertad contractual"[47] o *"libertad de contratar"*[48], aunque se aclara que esta última es expresión característica de la autonomía de la voluntad, que si bien algunos confunden, es una especie de ésta, la cual es el género[49]. Lo que tiene sentido si se piensa que la autonomía de la voluntad, esto es, la libertad de voluntad excede el ámbito contractual y se proyecta inclusive en negocios jurídicos unilaterales como el testamento[50].

Se desprende del artículo 6 del CC: "*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados*

---

en-venezuela-andrea-rondon/; Calegari De Grosso, Lydia E.: *La conciliación de la autonomía de la voluntad con lo útil y lo justo ante la diversidad de las situaciones contractuales.* En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 325-348; López Santa María, Jorge: *Los Contratos. Parte General.* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., 1998, T. I, pp. 233-241; Tinti, Guillermo: *Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar ; Namén Vargas, William: *Autonomía privada.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 35-55.

44 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 20.

45 Lalaguna Domínguez, Enrique: *Estudios de Derecho Civil.* Obligaciones y Contratos. Madrid, Reus S.A., 1978, p. 13.

46 Véase: Pinto Oliveros, Sheraldine: *El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual.* En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés". Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Francaise. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 248, en la ideología del contrato se encuentra la base de la autonomía de la voluntad.

47 Véase sobre "la libertad contractual y sus límites": Larenz, *ob. cit.*, pp. 65-84. Véase también "contrato y libertad contractual: Lalaguna Domínguez, Enrique: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos.* Valencia, Tirant Lo Blanch, 3ª edic., 2003, pp. 23-59.

48 Véase: Soto Coaguila, Carlos Alberto: *Libertad de contratación: ejercicio y límites.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 321-363, el autor indica que la doctrina alude a "autonomía de la voluntad, autonomía contractual o libertad de contratación" que es el poder de las personas de decidir sí contratan y para decidir libremente su contenido; Santos Briz, Jaime: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas.* Granada, Comares, 1992, p. 39; Rescigno, Pietro: *Apuntes sobre la autonomía negocial.* En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 93-120; Hernández Fraga, Katiuska y Danay Guerra, Cosme: *El principio de autonomía de la voluntad contractual. Sus límites y limitaciones.* En: *Rejie*, Revista Jurídica de Investigación e Innovación educativa, Universidad de Málaga,www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.hmlt

49 López Santa María, *ob. cit.,* p. 261.

50 Algunos con mayor amplitud vislumbran en la "autorregulación" una proyección transnacional. Véase al efecto: Annicchiarico, José: *La autorregulación privada en Venezuela.* En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 5 Edición Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, 2015, pp. 311-334.

el orden público o las buenas costumbres"[51]. De dicha norma se deriva la diferencia entre normas imperativas y normas dispositivas[52] y a su vez se desprende por interpretación a *contrario sensu* el principio de autonomía de la voluntad[53], y se perfilan claramente los límites jurídicos de la misma, a saber, el orden público[54] y las buenas costumbres. A lo que podemos agregar los "derechos de los demás" a tenor del artículo 20 de la Constitución que consagra el principio del libre desenvolvimiento de la personalidad y refiere tales límites y agrega expresamente los derechos de los demás[55]. Según el principio de autonomía de la voluntad, las partes son libres de autorregular su conducta dentro de las limitaciones derivadas de la ley y del orden público. Este último, según veremos, constituye el tope, la pared o el límite con el que generalmente se encuentra dicha libertad.

El principio de la autonomía de la voluntad[56] puede a su vez desglosarse en varios postulados: las partes pueden libremente crear relaciones jurídicas; nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad; las partes son libres para atribuir efectos que estimen convenientes; los interesados pueden modificar de común acuerdo los contratos celebrados; la voluntad de las partes determina el contenido del contrato; lo convenido por las partes es intangible y en principio no puede ser alterado por vía legal o judicial[57].

La autonomía de la voluntad se asocia necesariamente a la noción de "libertad" y el de la "voluntad"[58]; dicho principio es núcleo generador de las relaciones jurídicas, pues sin libertad y sin voluntad son inimaginables

---

[51] Véase: Madrid Martínez, Claudia: *Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días.* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 371-399; López Mesa, *ob. cit.*, pp. 343 y 344, alude al principio de "salvaguarda del orden público".

[52] Las normas dispositivas o supletorias entran en aplicación a falta de otra previsión de las partes, en tanto que las normas imperativas o de orden público son obligatorias e inderogables. Véase: De Freitas De Gouveia, *ob. cit.*, pp. 53-62; Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I...,* pp. 30 y 31; Tosta, María Luisa: *Guía de Introducción al Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2012, pp. 82-83; Tosta, María Luisa: *La "renuncia" de las leyes en Venezuela. Interpretación de los artículos 5 y 6 del Código Civil vigente* (en prensa), la realización de cualquiera de las opciones es aplicación de la norma jurídica; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Algunas normas dispositivas del código civil venezolano en materia de obligaciones* (en prensa).

[53] Lutzesco, Georges, *Teoría y Práctica de las nulidades*. México, Editorial Porrúa S.A., 1945, Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, p. 35.

[54] Véase: Acedo Penco, Ángel, *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, pp. 323-391, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119367.pdf (en lo sucesivo la referencia al autor -*ob. cit.*- será con relación a "*Teoría...*").

[55] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *"Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)".* En*: Revista de Derecho* Nº 13, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 13-40.

[56] Véase: López Santa María, *ob. cit.*, pp. 233-241; Larroumet, Christian: *Teoría General del Contrato.* Colombia, Temis, 1999, Vol. I, Trad. Jorge Guerrero R., pp. 85-91.

[57] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. I, p. 99; Lagrange, *Apuntes...*

[58] Véase: Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...,* p. 250, el principio de la autonomía de la voluntad presupone la libertad de las partes.

e inconcebibles las primeras[59]. La teoría de la autonomía de la voluntad sostiene que el hombre es libre de obligarse y solo puede obligarse por su voluntad. Pero no pudiendo el hombre actuar contra sus intereses, esas obligaciones voluntariamente consentidas han de ser justas. Siendo la única función del Derecho asegurar la igualdad de las libertades en presencia: todo contrato libre es un contrato justo[60].

La autonomía de la voluntad es pues tema fundamental del Derecho Civil, encontrando sus límites en el orden público, las buenas costumbres y los derechos de los demás. Límites que según veremos han propiciado que el principio haya quedado diluido en algunas materias, y suela hablarse de un franco "declive"[61]. A nivel extranjero se alude a las "*vicisitudes*" de tal principio[62], pues la intangibilidad del contrato deja paso a otros principios que apuntan a que este sea justo y eficiente[63].

6. Evolución del Derecho de Obligaciones en Venezuela[64]

Es la rama del Derecho Civil con mayor tradición y sistematización. Por su carácter abstracto conserva sus primitivas concepciones. En los pueblos antiguos posiblemente aparecieron sus primeras sistematizaciones. En legislaciones babilónicas, griegas y romanas se conocen sus primeras estructuras. Las instituciones romanas generalmente perduran en la Edad Media y se hace sentir en el Derecho Moderno[65].

En general los autores del siglo XIX consideraron al Derecho de Obligaciones como una herencia del Derecho Romano[66] aunque en éste la relación obligatoria estaba cargada de formalismos y el deudor quedaba sujeto al poder del acreedor[67]. No obstante, aclara Palacios Herrera, que el romano nunca tuvo un concepto general del contrato ni de la responsabilidad civil

[59] Fernández Sessarego, Carlos: *El supuesto de la denominada "autonomía de la voluntad".* En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 213 y 214.

[60] Bustamante Alsina, Jorge: *Responsabilidad Civil y otros estudios. Doctrina y Comentarios de Jurisprudencia.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, T. IV, p. 227.

[61] Véase *infra* Nº 1.7.2.

[62] Véase: Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 39-72.

[63] Annicchiarico, José: *Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato?* En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés". Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 277.

[64] Véase: Corsi, Luis: *El Derecho de las Obligaciones en la Codificación Civil (evolución y perspectivas*). Homenaje a Tomas Enrique Carrillo Batalla, Caracas, Universidad Central de Venezuela, T. I, pp. 445-485, http://ance.msinfo.info/bases/biblo/texto/libros/CA.2009.a.3.pdf ; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 18-21; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 16-25; Zambrano Velasco, *Noción...*, pp. 651-653; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 7-11; Lagrange (*Apuntes...*).

[65] Véase: Zambrano Velasco, *Noción..*, pp. 651 y 652.

[66] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 23.

[67] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 17, agrega que la voluntad "no bastaba para generar obligaciones".

por lo que la "idea un poco ingenua de que los romanos fueron los creadores exclusivos del Derecho de Obligaciones, ya ha sido superada" aunque el aporte cultural de la historia del Derecho Romano, está en el campo de las obligaciones, y no en el campo de las personas, taradas por la esclavitud[68].

El Código Napoleón toma sus conceptos del Derecho Romano, traduce a Justiniano, pero entre uno y otro, "se extiende un vasto campo de la historia"[69]. El Código Civil napoleónico de 1.804 se hace importante en este sentido por ser el primer código moderno que inspiró el sistema romano o continental francés. De Francia vienen pues muchas de nuestras instituciones civiles[70].

En Venezuela, antes de nuestro primer Código Civil entre 1830 y 1862 se dictan algunas leyes que regularon aspectos de nuestras obligaciones. Nuestros Códigos Civiles han sido los textos de 1862, 1867, 1873, 1880, 1896, 1904, 1916, 1922, 1942 y el vigente de 1982[71]. Nuestro primer Código Civil fue de 1862 el cual se inspiró en Código Civil francés o de Napoleón de 1804 y en el Código Civil de Andrés Bello para Chile de 1855. Nuestro segundo Código Civil fue el de 1867, el cual fue una "copia servil" en expresión de algunos[72] del Proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena.

El tercer Código Civil fue el de 1873[73] que se inspira en su equivalente italiano de 1865[74] influenciado por el Código Napoleón pero mejora-

---

68 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 5.

69 *Idem.*

70 Véase: Lupini Bianchi, Luciano: *La influencia del Código Napoleón en la codificación civil y en la doctrina venezolana.* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 47-97 (con la colaboración de Ana Irene Vidal C.); Liscano, Tomás: *Sobre la influencia del código napoleónico en la legislación civil venezolana: segundo estudio.* Caracas, Tipografía La Nación, 1935.

71 Véase sobre tales en general: Parra Aranguren, Gonzalo: *Los antecedentes de la codificación civil y el Derecho Internacional Privado venezolano.* En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, 1965-66, pp. 78 y ss.; Bastidas, Luis I: *Historia del Código Civil venezolano.* En: Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo, Nº 9, enero 1959, pp. 9 y ss.; Fuenmayor G., José Andrés: *Examen retrospectivo de la legislación civil en Venezuela.* En Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello Nº 54, 1999, pp. 39-53; Muci Abraham, José (h): *Esquema de la codificación civil venezolana.* En: Revista de la Facultad de la Universidad Central de Venezuela Nº 8, 1956, pp. 269-272.

72 Véase Lagrange (*Apuntes...*); y Sanojo según refiere Corsi, *ob. cit.,* p. 476, nota 81, utiliza la expresión más dura y exacta, no obstante refiere otros autores que utilizan expresiones más sutiles (Dominici, Bastidas y Aguilar Gorrondona).

73 En opinión de Lagrange (*Apuntes...*) el primer Código serio venezolano.

74 Véase: Pinto Oliveros, Sheraldine: *L'influenza del modello italiano nel diritto civile venezuelano.* En AA.VV., *Il modello giuridico-scientifico e legislativo-italiano fuori dall'Europa. Atti del Secondo Congresso Nazionale della SIRDC,* a cura di LANNI, S., y SIRENA, P. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 225-246; De Stéfano, Juan: *La influencia del Derecho Civil, Mercantil y Penal italiano en el ordenamiento jurídico venezolano.* En: *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje Nº 3, 2001, Vol. I, pp. 271-273.

do[75], por lo que la influencia indirecta del Código francés sigue presente[76]. Se afirma que "no fue una mera trasplantación sino una adaptación a las circunstancias de la realidad venezolana"[77]. Sus disposiciones en materia de obligaciones y contratos son reproducidas en los textos siguientes de 1880, 1896, 1904[78].

El Código Civil de 1916 que para algunos representa un hito en la codificación patria[79], mejora los textos anteriores inclinándose hacia la doctrina italiana, haciéndolo más técnico y es reproducido en 1922. Lagrange comenta que en ese tiempo Pedro Manuel Arcaya observó que la jurisprudencia y doctrina venezolana era escasa y que por tal convenía reformar el Código Civil con la finalidad de eliminar las pocas diferencias que existían con el Código italiano de 1865, a fin de que Venezuela aprovechara la doctrina y jurisprudencia italiana que era abundante[80].

El Código Civil de 1942 se inspira en *el Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones* de 1927[81] inicialmente concebido por Scialoja[82] que fue producto del intento de unificación derivada de la alianza bélica entre Francia

---

[75] Véase: Corsi, *ob. cit.,* p. 482 "los juristas italianos no tuvieron escrúpulos en traducir "literalmente" el Code Civil francés de 1804.

[76] Véase: Ochoa Muñoz, Javier L.: *Influencia del Código Napoleón en la normativa venezolana sobre sucesiones.* En*:* El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 129 y 138, señala el autor a propósito de las sucesiones pero aplicable en general al CC que si bien la normativa sucesoria no se inspiró directamente en el Código Napoleón, su influencia indirecta es muy profunda porque nuestro Código Civil es heredero por derecho de representación del Código Civil napoleónico.

[77] Corsi, *ob. cit.*, p. 478, siendo una fusión del CC italiano de 1865 y el CC venezolano anterior de 1867.

[78] De Stéfano, *ob. cit.,* p. 272.

[79] Corsi, *ob. cit.,* p. 480, junto con el de 1873 y el vigente; De Stéfano, *ob. cit.,* p. 272, el Código venezolano de 1916 se proyecta aún más hacia la doctrina italiana y mejora la terminología jurídica. Las modificaciones de los Códigos siguientes son de escaso relieve, por lo que puede decirse que es el que ha disciplinado en Venezuela hasta 1942.

[80] Lagrange, *Apuntes*... Y así por ejemplo, cabe mencionar las reformas que acontecieron en materia de acción pauliana y de acción de simulación.

[81] Corsi, *ob. cit.,* pp. 483 y 484, según se admite en su Exposición de Motivos. Introdujo la acción de rescisión por lesión, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad por cosas inanimadas, la solidaridad entre responsables del daño, la responsabilidad por hecho de otro y los perfiles normativos del abuso de derecho. Véase: Ochoa G., Oscar E.: *Los 80 años del Proyecto Ítalo-francés de Código de las Obligaciones y de los Contratos (1927-2007).* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Misceláneas 6, 2008, pp. 123-138; De Stéfano, *ob. cit.,* p. 273; *Il progetto italo francese della obbligazioni (1927). Un modelo di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione.* Milano, Giuffré Editore. Ressegna Forense, Quaderni 23, 2007.

[82] Ochoa G., *Los 80 años...,* pp. xiii y xiv; Palacios Herrera, *ob. cit.,* p. 7, el gran jurista italiano Scialoja en 1916 lanza en la revista "Nueva Antología" la idea de unificar la legislación sobre obligaciones de Francia e Italia. La idea nacida al calor de una gran empatía de carácter político, encuentra acogida en Italia, que en pocos años le da carácter oficial nombrando una Comisión al respecto. Francia tarda un poco más en darle carácter oficial. Posteriormente las dos Comisiones presentan el Proyecto en 1927, pero se rompe la corriente de simpatía entre ambos países y se hunde el Proyecto, no obstante quedar como un monumento doctrinal, fuente de legislación, del cual copió textualmente muchos artículos del CC de 1942.

e Italia: introduce nuevas fuentes de obligaciones como el enriquecimiento sin causa, trata expresamente el abuso de derecho, incluye responsabilidades objetivas[83] complejas e incluye expresamente el daño moral.

La Reforma del Código Civil de 1982 no afectó lo relativo a las Obligaciones, pero con posterioridad multiplicidad de leyes especiales han afectado la materia especialmente con especial referencia a los contratos[84].

Cabe finalmente referir la estructura de las obligaciones en el Código Civil venezolano. Las "*Obligaciones*" se ubican en el LIBRO TERCERO (*De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y otros derechos*. Arts. 796 y ss.). Se aprecia un TÍTULO III "*De las obligaciones*", Capítulo I *"De las fuentes de las obligaciones"* (Arts. 1133 y ss.), Del Contrato, de la gestión de negocios, pago de lo indebido, enriquecimiento sin causa, de los hechos ilícitos. En su Capítulo II "*De las diversas especies de Obligaciones*" (Arts. 1197 y ss.); Capítulo III *"De los efectos de las obligaciones"* (Arts. 1264 y ss.); Capítulo IV *"De la extinción de las Obligaciones"* (Arts. 1282 y ss.); Capítulo V, *"De la prueba de las Obligaciones"* (Arts. 1354 y ss.).

7. Tendencias modernas[85]

La doctrina refiere varias tendencias modernas en materia de Obligaciones:

7.1. *La atenuación del rigor contra el deudor: ha desaparecido la prisión por deudas.*

Ya indicamos (*supra* 5.3) que la patrimonialidad de la responsabilidad del deudor constituye un principio en materia de las Obligaciones. Pero se afirma que inclusive éste ha sufrido atenuaciones. Se alude en el mismo sentido a "la relajación del principio de la responsabilidad patrimonial universal" porque si bien el deudor responde patrimonialmente con todos sus bienes habidos y por haber, razones humanitarias "permiten dulcificar esta responsabilidad universal, de manera que no sean todos los bienes del deudor los que afronten su responsabilidad, sino que sean inmunes a esta potencial ejecución algunos bienes que permitan asegurar la subsistencia del deudor y los suyos"[86]. Se dice así que la "universalidad" supone que el deudor responde sólo con sus bienes patrimoniales pero responde con todos y cada uno de ellos, salvo la reserva que hace el ordenamiento de un mínimo de recursos vitales para preservar una subsistencia digna[87]. Ejemplo de ello

---

[83] Lagrange (*Apuntes*...) comenta que la Revolución industrial del siglo 19 hace surgir la responsabilidad por riesgo.

[84] Calvo Baca, *ob. cit.,* pp. 10 y 11.

[85] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 21 y 22; Bernad Mainar, *ob. cit.,* pp. 27-34; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.,* pp. 25-27, agrega el perfeccionamiento de la teoría de la obligación, la espiritualización y moralización del derecho de obligaciones, y el formalismo moderno (el consensualismo extremo se ha venido a menos).

[86] Bernad Mainar, *ob. cit.,* p. 31.

[87] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.,* p. 336.

son los bienes inejecutables, el hogar legalmente constituido (CC, Arts. 632 al 643), el salario mínimo, etc.[88].

7.2. *La crisis del principio de la autonomía de la voluntad*[89]*, que es cada vez más limitado.* El dogma clásico de la autonomía de la voluntad ha sido vivamente atacado por ciertas concepciones modernas[90].

El tan mencionado principio que se consideró la mayor expresión de la libertad en el Derecho Civil[91], e impregnó el Código Napoleón[92], no rige siempre en el ámbito del Derecho Civil patrimonial. Al contrario, el Máximo Tribunal lo aclaró expresamente en la sentencia de los créditos indexados: "la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz"[93]. Y a pesar de la crítica de la doctrina a dicha sentencia[94], lo cierto es que la abstracción y flexibilidad de la noción de orden público viene progresivamente desvaneciendo a la autonomía de la voluntad[95] y ha impregnado el ámbito del Derecho Civil patrimonial. Tales limitaciones aun teniendo carácter excepcional han restringido en realidad enormemente el alcance práctico del mencionado principio[96].

Desde finales de la Edad Moderna hasta nuestros días, se aprecia que el Derecho de la Contratación ha sufrido grandes cambios, debido fundamentalmente a las exigencias del sistema capitalista y a la intervención del Estado en la economía[97].

---

[88] Véase sobre los bienes inembargables en el ordenamiento jurídico venezolano: Angrisano Silva, Humberto J.: *Tutela de la Ejecución Judicial (Aspectos Prácticos de la Ejecución de Medidas).* Caracas, FUNEDA, 2011, pp. 111-115.

[89] Ossorio Morales, *ob. cit.,* pp. 177-179.

[90] Sequera, *ob. cit.,* p. 15.

[91] Domínguez Guillén, María Candelaria: *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* En: Revista de Derecho Nº 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 189, la autonomía de la voluntad es una típica manifestación de la libertad dentro de la esfera del Derecho Privado: De Freitas De Gouveia, *ob. cit.,* p. 150; Sequera, *ob. cit.,* p. 16.

[92] Véase: Lupini Bianchi, *ob. cit.,* p. 55.

[93] Véase sentencias de la Sala Constitucional Nº 85, 24/01/2002 http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm ;TSJ/SConst., Sent. 3507 del 16-12-03, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/.../3507-161203-01-1274%20.htm; TSJ/SC, Sent. Nº 1419, 10/07/2007, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1419-100707-04-0204.htm

[94] Véase: Rodríguez Matos, Gonzalo: *La revisión del contrato y la justicia constitucional.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje Nº 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 453-523; Madrid Martínez, *Las limitaciones a la autonomía de la voluntad...* pp. 757- 814; Madrid Martínez, *La libertad ...,* pp. 23-25 (también en: *Derecho...,* pp. 105-140).

[95] Lutzesco, *ob. cit.,* p. 53, la libertad contractual encuentra siempre el mismo obstáculo pero con aspectos diferentes: la noción de orden público con su flexibilidad y matices.

[96] Albaladejo, Manuel: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones,* Madrid, Edisofer S.L, 14ª edic., 2011, pp. 369 y 371.

[97] Soro Russell, *ob. cit.,* p. 16.

La intervención del Estado es frecuente en protección al denominado débil jurídico como es el caso del consumidor[98], pues "la supuesta igualdad entre las partes contratantes es más un mito que una realidad"[99]. Pues al consagrar el principio de la igualdad jurídica se descuidó el hecho de que en la práctica no existía igualdad económica por lo que en la actualidad se observa una intensa reforma legislativa que pretende remediar el estado de un "individualismo antisocial y disolvente"[100].

Por ello, afirma Lete del Río que "no puede desconocerse que este dogma de la autonomía de la voluntad se encuentra en la actualidad bastante atenuado, en virtud de los principios de equidad y de equivalencia de las prestaciones"[101]. Inclusive, ya Larenz comentaba que si bien se admite como manifestación de la libertad de contratación y conclusión que nadie puede ser constreñido a realizar contratos existen casos en que rehusar la conclusión puede violar un derecho moral, por ejemplo, cuando el único médico que puede ser avisado rechaza visitar a una persona gravemente enferma por no serle simpática[102]. Extensible a los concesionarios de bienes y servicios esenciales[103]. Se advierte, sin embargo, que la intervención del Estado ha de ser "prudente"[104].

Finalmente, se indica acertadamente que "no deja de ser una libertad llena de riesgo, pues aunque las partes puedan acordar lo que quieran, la correcta calificación de los contratos trasciende a la autonomía de la voluntad y se determina por su causa"[105]. En otras ocasiones se afirma por ejemplo que los excesos amparados en la autonomía voluntad no pueden romper la justa "*equivalencia de prestaciones*"[106], lo que permite según veremos rechazar el excesivo predominio de una parte sobre la otra aun en contra de la propia voluntad inicial con base a que el "objeto" del contrato no puede contrariar el orden público[107]. Pues a fin de cuenta, existen materias que trascienden la voluntad inclusive en el ámbito del Derecho patrimonial o de las Obligaciones, donde si bien se es libre de obligarse, no se puede ni por propia voluntad exceder el límite de lo irrenunciable. De tal suerte que estamos en presencia de una "relativa" autonomía de la

---

[98] Véase *infra* este tema 7.10; Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...,* p. 251, a los tradicionales débiles jurídicos (trabajador y arrendatario) se suma el consumidor.

[99] Bernad Mainar, *ob. cit.,* p. 30.

[100] Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. I, p. 43 y 44.

[101] Lete del Río, *ob. cit.,* p. 95.

[102] Larenz, *ob. cit.,* p. 66.

[103] *Ibid.*, p. 69.

[104] Madrid Martínez, *Las limitaciones...*, p. 814.

[105] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.,* p. 39.

[106] *Ibid.*, p. 41.

[107] Véase *infra* tema 20.6.3.1.

voluntad o más precisamente de una libertad sustancialmente limitada[108]. Se reseñan supuestos donde la autonomía está ausente[109].

Ello ha llevado a aludir a la crisis del contrato[110] o la *decadencia de la noción de contrato*[111]. En efecto, la referida decadencia de la autonomía de la voluntad conlleva al declive práctico de la noción de la fuente más importante de las Obligaciones, a saber, el contrato. El Código de Napoleón plasma la concepción liberal y la voluntad de los sujetos. Sin embargo, ello entra en crisis inmediata por la quiebra de sus postulados. La igualdad de las partes, necesaria para sustentar la noción de contrato como acuerdo de voluntades se revela como un sarcasmo cuando hay inmensas masas que poco tienen que convenir ante los grandes propietarios. Es allí cuando el Estado tiene que intervenir estableciendo limitaciones a la libertad de contratar, en relación al contenido del contrato y a la fijación imperativa de cierta categoría de bienes y servicios, dada la debilitación de la autonomía de la voluntad[112]. Lo que se evidencia en materias como las relativas al consumo y vivienda (hipoteca y arrendamiento[113]).

La relación obligatoria es un instrumento jurídico destinado a promover y concretar una efectiva cooperación social mediante el intercambio de bienes y servicios[114]. De hecho se coloca como ejemplo de ruptura a la libertad contractual el caso del contrato dirigido, forzo!so o impuesto, por el cual el Legislador pretende en protección del más débil fijar ciertas cláusulas o limitaciones[115].

Pero, la figura del contrato dista mucho hoy de ser aquel libre acuerdo de voluntades, en que los contratantes podían establecer libremente los pactos, cláusulas y condiciones que tuvieran por conveniente[116]. La desigualdad de las partes en la formación del contrato es una de las causas de la intervención del Estado a través de la legislación, para proteger al débil e imponer un equilibrio en la relación contractual que dé satisfacción al principio de justicia[117]. La crisis del principio de la libertad contractual

---

[108] Indicaba Lagrange (*Apuntes*...) que si bien la libertad contractual sigue siendo en principio la regla oficial, en la práctica viene a sufrir tantas excepciones o restricciones leales que con el tiempo cada vez la excepciones se va haciendo más amplias y se precisa averiguar que está permitido para contratar.

[109] Véase: Namén Vargas, *ob. cit.*, pp. 39-55, coloca ejemplos donde no existe libertad de contratar, de escoger o crear el tipo contractual o de estipular el contenido, entre otros.

[110] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 327; Cafferata, Juan M.: *¿Una nueva «crisis del contrato?* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-16, www.acaderc.org.ar

[111] Véase: Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Tecnos, 9ª edic., 3ª reimpresión, 2003, Vol. II, pp. 30-32.

[112] *Idem*.

[113] Que cuentan con leyes especiales que las consagran expresamente como de orden público.

[114] Wayar, Ernesto C.: *Derecho Civil Obligaciones*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, Vol. I, p. 15.

[115] López Santa María, *ob. cit.*, p. 263.

[116] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 179.

[117] Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. IV, p. 229.

sobreviene como una resultante necesaria pues el concepto de contrato descansa en una equivalencia de partes y prestaciones, cuyo equilibrio en la realidad aparece roto[118].

Sin embargo aclaraba tiempo atrás Mélich, que el poliformismo de la contratación contemporánea no prueba que la ley haya desplazado al contrato como fuente del Derecho Civil. La crisis del contrato y el socialismo real ante la proliferación de nuevos tipos contractuales podría dar lugar más bien a aludir a la "publización del contrato"[119]. Los nuevos tipos contractuales indóciles[120] chocan con los principios tradicionales recogidos por los Códigos tradicionales: se pasa así de una ideología liberal a una ideología socialista del contrato y de un retorno a un nuevo liberalismo en que el protagonismo del individuo es compartido por una policromía de grupos sociales diferentes[121].

7.3. *Unificación de las Obligaciones. Mediante sistemas supracionales.* Ese fue el caso del Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones de 1927 en el cual se inspiró nuestro CC de 1942 en materia de Obligaciones[122].

Recientemente la referencia cobra vigencia en sistemas como el Europeo, en materia contractual y de responsabilidad civil[123]. También que se aprecia cierta tendencia a la codificación de un modo independiente de las obligaciones en general. Existiendo Códigos en que todo lo que atañe a las obligaciones está legislado en un cuerpo aparte del Código Civil[124]. Y así por ejemplo, se alude a la europeización del Derecho privado y los *principles of european tort law*, en un proceso que parece imparable y supone una suerte de retorno a una especie de *ius commune*[125].

---

[118] Vinini, Juan Carlos: *La revisión del contrato y la protección del adquirente.* Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983, p. 9.

[119] Mélich Orsini, José: *Una visión a la evolución iberoamericana del contrato.* En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo. Colombia, Universidad de Externado, 1998, p. 155.

[120] Véase *infra* tema 20.4.

[121] *Ibid.*, p. 158.

[122] Véase: Ochoa G., *Los 80 años...*, pp. 35 y 36; Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. I, pp. 59 y 60, Bernad Mainar, *ob. cit.,* p. 34.

[123] Véase: Vaquer Aloy, Antoni: *La vocación europea del Derecho Civil: Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo.* En: http://www.estig.ipbeja.pt/˜ac_direito/lavoc... yhttp://web.udl.es/usuaris/x4087995/lavocacion.doc; Llamas Pombo, Eugenio: *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil.* Argentina, Rubinzal-Culzioni Editores, 2002, pp. 131 y 134, en materia de obligaciones y contratos es donde existe mayor necesidad de armonizar las legislaciones de un mercando único; Martín Casals, Miquel: *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil.* http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf . Acedo Penco, *ob. cit.,* p. 33, desde hace décadas se ha pretendido la unificación del Derecho europeo de Obligaciones; Oviedo Albán, Jorge: *La unificación del Derecho Privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales.* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html

[124] Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. I, p. 45.

[125] Lasarte, *ob. cit., pp.* 261 y 262.

En Venezuela se pensó en la década de los 60 en la unificación del Derecho Civil y Derecho Mercantil en algunas áreas que eran susceptibles de ser unidas. El único intento consistente en la materia se reduce al trabajo de la Comisión de Reforma del Derecho Mercantil[126]. En 1976 el Ministerio de Justicia creó una Comisión encargada de reformar el Código de Comercio entre cuyas previsiones se apuntaba la posibilidad de incorporar el Derecho Mercantil a un Código Único de Derecho Privado[127]. Algunos países consideraron la posibilidad de unificación legislativa de obligaciones civiles y comerciales, especialmente en materia de contratos[128].

7.4. *Superación del excesivo formalismo*: Se refiere que en principio como regla general quedó atrás la solemnidad contractual que imponía a ultranza el Derecho Romano, y así la época clásica romana apuntó a una liberación de moldes restrictivos, así como las tendencias espiritualistas del Derecho Canónico contribuyeron a desmoronar las viejas estructuras formales del Derecho de Obligaciones. Aunque en algunas áreas en pro de la seguridad jurídica se está retornando a la idea del formalismo, no en los términos limitantes ya superados sino como premisa necesaria para la certeza del tráfico jurídico[129]. Pero el Derecho Civil actual sólo establece formalidades necesarias para pocos negocios jurídicos[130].

7.5. Influencia de la jurisprudencia: Se indica que la jurisprudencia ha jugado un importante papel en la adaptación de algunas instituciones a la realidad social, como ha sido el caso en materia de indexación o el alcance de la autonomía de la voluntad. El incremento de decisiones judiciales

[126] El Anteproyecto presentado por esta Comisión, junto con su correspondiente Exposición de Motivos, fue publicado por el Ministerio de Justicia en 1963. Se le objetó que la unificación se limitaba a muy pocos aspectos tales como la presunción de solidaridad, intereses comunes y unificación en parte del régimen probatorio especialmente en materia de testigos (Según nos refirió la profesora Nayibe Chacón, Jefe de la Sección y de la Cátedra de Derecho Mercantil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Central de Venezuela).

[127] Véase: De Sola, René: *La unificación de las obligaciones y la formación de los contratos*. En: Jornadas de Derecho Mercantil. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1978, pp. 97-110, especialmente p. 98.

[128] Véase: Schipani, Sandro: *Un Código de las Obligaciones para América Latina. Releer los digesta de Justiniano.* En: Revista de Derecho Nº 35, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2014, pp. 237-256; Schipani, Sandro: *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano.* En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo. Colombia, Universidad de Externado, 1998, pp. 104-119, refiere entre otros, los intentos en los países de la Unión Europea y los Principios de Unidroit; Brizzio, Claudia R.: *Códigos Únicos y "restatementens" para unificar la regulación internacional del contrato*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 91-111; Visintini, Giovanna: *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para la redacción de un código tipo en materia de contratos.* En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado, 2001, pp. 63-91; Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. I, p. 60.

[129] Bernad Mainar, *ob. cit.,* p. 29.

[130] Larenz, *ob. cit.,* pp. 92 y 93.

relativas a la materia de obligaciones ha evidenciado su importante tráfico jurídico y evolución[131].

La labor de la jurisprudencia en la materia de Obligaciones supera la abundancia de los tribunales de instancia, pues también en dicha área se ha hecho sentir el carácter vinculante que el artículo 335 de la Constitución refiere respecto de algunas decisiones de la Sala Constitucional que interpreten la Carta Magna, como ocurre con las decisiones citadas relativas a los créditos indexados, tarjetas de crédito o la prescripción de los honorarios del abogado. En función de dicha norma constitucional cabe dudar del carácter simplemente interpretativo o no vinculante que hasta la Constitución de 1999 se le atribuyó a la jurisprudencia; dicho carácter obligatorio puede ciertamente presentar relevancia en el Derecho Civil como fuente de Derecho[132].

7.6. *Primacía de la Constitución*: Refiere la doctrina española pero perfectamente aplicable a nuestro caso: "La Constitución puede actuar de soporte, pero también de límite, de los principios en los que se inspira el régimen legal de la responsabilidad civil; y también de la jurisprudencia que lo interpreta. No existe una norma constitucional que recoja el principio de "no dañar a nadie" *(neminen laedere)*, ni la regla del deber de reparar el daño causado injustamente. Pero ese silencio se solventa con la idea de que las reglas y los principios rectores del Derecho Privado se entienden incluidos en la "justicia" que, en el caso español, constituye, junto con la libertad y la igualdad y el pluralismo político, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico"[133].

La Carta Magna venezolana también alude en sus artículos 1 y 2 a los valores de libertad, igualdad y justicia. Esta última se encuentra presente en figuras en materia de obligaciones que ha desarrollado la doctrina, tales como la indexación o la teoría de la imprevisión (dificultad de cumplimiento de la prestación por onerosidad excesiva). Lo mismo puede decirse de la igualdad a propósito de la "proporcionalidad" de las prestaciones.

No se puede desconocer entonces el valor de la Constitución que como norma superior rige también la materia que nos ocupa y de lo cual deja muestra no solo algunas instituciones sino múltiples decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[134]. El creciente influjo de la

---

[131] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 32. Véase sobre la jurisprudencia: Varela Cáceres, Edison Lucio: *Introducción a las fuentes del Derecho*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 7 Homenaje a José Peña Solís, 2016 (www.rvlj.com.ve en prensa).

[132] Véase: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I...*, p. 32.

[133] Martín Pérez, José Antonio: *El daño patrimonial y el daño moral: criterios para su resarcimiento*. En: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, 2012, Tomo I, p. 265.

[134] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 7 Homenaje a José Peña Solís, 2016 (www.rvlj.com.ve en prensa).

Constitución en el Derecho Privado ha suscitado todo tipo de reflexiones[135] pero la supremacía normativa de la Constitución determina la obligación de los Jueces de considerar en los análisis de cualquier disputa contractual las cuestiones constitucionales que se vinculen a la misma[136].

7.7. *Influencia de la técnica*: Las innovaciones científicas y tecnológicas han revolucionado el orden legal no sólo en el ámbito del Derecho de la Persona[137], sino también en el área de las Obligaciones. Los retos de la sociedad tecnológica han afectado las reglas relativas a la responsabilidad civil y el alcance de la indemnización por daños[138]. Se alude así al impacto de la era tecnológica en el derecho de daños en particular en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, daños derivados de la energía nuclear, daño ambiental, daño informático, daños causados por biotecnología, etc.[139].

Las negociaciones electrónicas han tenido que verse adaptadas a la luz de la teoría general de las Obligaciones, haciéndose referencia a la "*contratación electrónica*"[140]. Se alude así en un sentido más amplio a la "influencia de las nuevas circunstancias económicas y sociales sobre el Derecho de las Obligaciones", pues no es inmune frente a los cambios que experimenta la sociedad. El mito de la permanencia e inmutabilidad hace ya tiempo que ha caído[141].

7.8. *Protección de la persona:* Se refiere a que no deja de ser objeto de las Obligaciones la protección de la persona como derecho y como necesidad. Toda vez que el hombre es causa y meta del Derecho; por lo que éste debe estar al servicio de aquel. Debe evitarse el ataque a la persona preservando su integridad frente a los hechos y actos de otros; por lo que todo daño debe ser reparado[142]. El Derecho existe por y para la persona; cualquier

---

[135] CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización de las controversias contractuales*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, p. 751.

[136] *Ibid.*, p. 753.

[137] Véase: PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «La experiencia latinoamericana del daño a la persona» en AA.VV., *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editores, Lima, 2009, pp. 383-406; PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «El daño a la persona en América Latina: entre circulación de ideas y sustractos locales» en AA.VV., *Observatorio de derecho civil: "La responsabilidad civil"*, Vol. III, Motivensa Editores, Lima, 2010, pp. 139-151.

[138] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.,* p. 251.

[139] URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Orientaciones modernas en el Derecho de daños.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, p. 617.

[140] Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, José F. y Claudia MADRID MARTÍNEZ: *El Derecho de los Contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contrato*s. En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 32-35; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.,* pp. 338-345.

[141] Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.,* p. 45.

[142] Véase: GHERSI, Carlos Alberto: *Obligaciones Civiles y Comerciales.* Buenos Aires, Astrea, 2ª edic., 2005, pp. 29 y 30.

interpretación debe estar orientada por su protección[143] y el Derecho de Obligaciones mal podría perder de vista al protagonista del orden jurídico, a saber, la persona, aunque la relación obligatoria esté conformada por dos sujetos: acreedor y deudor.

La responsabilidad civil tiende a reflejar fuertemente las circunstancias sociales cambiantes. La multiplicación de los daños a las personas y a sus bienes debido a las modernas condiciones de vida, impone el derecho de daños el propósito de garantizar contra ciertas formas de lesiones por su proyección perjudicial[144]. Se alude inclusive a la protección constitucional de la persona lo cual tendría consecuencias en la interpretación del Derecho de Daños[145].

7.9. *Proporcionalidad o equilibrio de las prestaciones*

Ha quedado de lado la idea –como hemos reiterado– de que la autonomía de la voluntad puede llevar a cualquier resultado, más aun si este es desproporcionado, abusivo o rompe el justo equilibrio de las prestaciones. Por lo que la libertad tiene que hacerse presente en la relación obligatoria con un mínimo de proporcionalidad.

Así la "equidad" y la "proporcionalidad" han sido referidas en algunas decisiones judiciales[146]. Y en particular se ha indicado que "**las nuevas tendencias** apuntan a la necesidad de luchar contra aquellos comportamientos en los cuales una persona no ejerce violencia sobre la otra, sino que se aprovecha de la situación de ella para obtener un beneficio desproporcionado"[147].

---

[143] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Primacía de la persona en el orden constitucional*. En: El estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, pp. 299-320; Spósito Contreras, Emilio*: Homines, personas, sujetos de derecho, personas jurídicas. El problema del quién en el Derecho*. En Revista de Derecho, número 35. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2014, T. I, p. 14; López Mesa, *ob. cit.*, p. 331, alude a "principio de centralidad de la persona humana".

[144] Bustamante Alsina, *ob. cit.,* T. IV, p. 268, cita a Messina.

[145] Véase: Alferillo, Pascual Eduardo: *La influencia de la Constitución Nacional en el Derecho de Daños*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar "las interpretaciones y nuevas normativas a dictarse, deberán efectuarse teniendo en cuenta *el pro hominis*" (el autor alude al Derecho Civil Constitucional).

[146] Véase sentencia relativa a las tarjetas de crédito: TSJ/SConst., Sent. Nº 1419 del 10-7-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1419-100707-04-0204.htm. "Ello no significa que la tasa máxima deba ser igual a la que se ha establecido para otras operaciones de crédito, pero si debe responder a los principios de equidad y **proporcionalidad**" (Destacado nuestro). Véase a propósito de los créditos indexados: TSJ/SConst., Sent. 85 del 24-1-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm "la desproporción de las prestaciones entre las partes, donde una obtiene de la otra una prestación notoriamente inequivalente a su favor... podrían ser usurarias, y por tanto inconstitucionales, aunque las conductas ajustadas a dichas leyes no necesariamente serían delictivas"; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 12-8-08, Exp. AP42-N-2005-001300 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/1478-12-AP42-N-2005-001300-2008-1560.html "si no existe equilibrio existe abuso o desproporción, que operaría como causa de nulidad de la cláusula o estipulación en cuestión".

[147] TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html.

Se ha dicho que "el desequilibrio entre las prestaciones no es relevante *per se* en nuestro ordenamiento jurídico". Pudiera decirse que tal vez no en el texto expreso de la ley, más sí se deriva el orden jurídico. Pues de seguidas se concluye "no obstante, cuando falten los presupuestos de una contratación correcta, o cuando no exista igualdad material en el ejercicio de la autonomía contractual, el ordenamiento debe entrar en el mérito del reglamento de intereses de las partes, a fin de determinar si la mayor fuerza contractual fue utilizada en forma desleal, para imponer un reglamento de intereses gravemente desventajoso para el cocontratante. Lo anterior no implica prescindir de la asimetría de poder de las partes o de los presupuestos que activan el control sobre el contenido del contrato, sino verificar la subsistencia de dichos presupuestos, incluso para no despojar de significado a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano[148]. De allí que recientemente la aspiración de las contrataciones se caractericen por el "equilibrio" en el intercambio, o lo que es lo mismo, la "justicia contractual"[149]. La tendencia del derecho moderno es proteger la justicia en el contrato y que logre preservar un "equilibrio mínimo"[150]. La protección de la libertad de los contratantes y la justicia de las transacciones corresponde a un valor del ordenamiento constitucional[151].

La relación contractual como fuente primaria de las obligaciones ha de procurar "el *equilibrio de las prestaciones*"[152]. La exclusión de una norma dispositiva pudiera afectar el orden público en aquellos casos en que el alejamiento de la respectiva norma produzca un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones; debiendo predominar la equivalencia de las prestaciones[153]. Por ello según se indicó, los excesos de la voluntad no pueden contrariar "el alma misma del Derecho Patrimonial" que debe estar inspirada en la "*equivalencia de prestaciones*"[154].

---

148 PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...,* p. 272.

149 *Ibid.*, p. 262, que encuentra su antecedente en la justicia correctiva o conmutativa desarrollada por Aristóteles; HEVIA, Martín: "Justicia correctiva y Derecho contractual". Estudios Socio-jurídicos. (Bogotá, Vol. 12, Nº 1, 2010, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792010000100003: en su *Ética a Nicómaco,* "La justicia correctiva tiene que ver con la justicia en las relaciones interpersonales: las relaciones contractuales son un ejemplo de este tipo de relaciones".

150 CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo: *Justicia y abuso contractual*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, p. 714.

151 CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo: *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, p. 772.

152 Véase *infra* tema 20. 6.3.1. LÓPEZ MESA, *ob. cit.,* p. 354, "una solución inequitativa es una prueba de la chapucería en el metier del Juzgador. El buen derecho es un producto artesanal que solo la intervención activa de un buen juez puede hacer realidad".

153 CUENCA, Delia: "El orden público y la justicia contractual". *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* Departament de Dret Civil, Universitat de Valencia, de Vol. II, 1996, http://books.google.co.ve/books?isbn=8437028779pp. 621 y 622.

154 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.,* p. 41.

7.10. *La protección del consumidor*[155]

Se aprecia una tendencia general en los distintos países a establecer normas protectoras especiales al consumidor, por ser la parte contratante débil[156] cuya necesidad le impone el negocio jurídico de que se trate. De allí que las dudas de interpretación deben resolverse a favor del consumidor por

[155] Véase: Mélich Orsini, José, *"Las particularidades del contrato con consumidores".* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nº 111, 1999, pp. 83-106; Pinto Olilveros, Sheraldine: *El consumidor en el derecho comparado.* Lima, ARA Editores, 2011; Pinto Olilveros, Sheraldine: «La protección del consumidor en el derecho venezolano» en *Revista de Direito do Consumidor*, Brasil, v. 21, n. 81, jan.-mar. 2012, pp. 179-238; Pinto Olilveros, Sheraldine: «A propósito de la protección del consumidor en América del Sur» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2013, 3, pp. 656-689; Pinto Olilveros, Sheraldine: «Notas sobre la protección (contractual) del consumidor en América del Sur» en AA.VV., *Sistema jurídico romanista y sub-sistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el Profesor Sandro Schipani*, Cortés, E., Esborraz, D.f., Morales, R., Pinto Oliveros, S., y Priori, G. (coord), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 417-463; Pinto Olilveros, Sheraldine: «Crisis financiera y protección del consumidor en el derecho venezolano» en AA.VV., *The Global Financial Crisis and the need for Consumer Regulation: the International Dimension*, Marques, C. L., Fernández Arroyo, D., Ramsay, I., y Pearson, G. (editors), ASADIP/CEDEP, Serie: Biblioteca de Derecho de la Globalización, Asunción, 2012, pp. 457-492; Pinto Oliveros, Sheraldine: «La información como instrumento de protección al consumidor en el contrato» en *Revista de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 126, Caracas, 2006, pp. 103-118; Madrid Martínez, Claudia*: La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Tesis 4, 2009 pp. 100-133; Madrid Martínez, Claudia: *Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el Derecho Venezolano.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 491- 563; Madrid Martínez, Claudia: *Responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios.* En: Homenaje a Aníbal Dominici. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 43-107; Mosset Iturraspe, Jorge, *El orden público y la tutela del consumidor y usuario*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, http://*www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt7.pdf*; Quiroz Rendón, David: *La protección del consumidor y las tarjetas de crédito. Comentarios a la sentencia Nº 1.491 del 10 de julio de 2007 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.* En: Anuario de Derecho Público Nº 1, Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Ediciones Funeda, 2007, pp. 361-380; Annicchiarico, José: *La obligación de seguridad y los contratos de consumo.* En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nº 148, Enero Junio- 2010, pp. 129-162, http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2010/BolACPS_2010_148_129-162.pdf*;* Salomón de Padrón, Magdalena: *La protección al consumidor y las limitaciones a la actividad económica.* En: Revista de Derecho Público Nº 35", Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988, pp. 41-51, www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../rdpub_1988_35_41-51.pdf Annicchiarico, José: *La obligación de seguridad y la ley de protección al consumidor venezolana. Ensayo de una responsabilidad legal del proveedor.* En: Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet. Publicación Universidad del Rosario de Colombia/Fundación Fernando Fueyo Laneri/Universidad Diego portales de Chile. Santiago de Chile 2012, pp. 47-65, (https://books.google.co.ve/books...); García de Astorga, Amarilis y otras: *El control de la prácticas ilegales e irregulares desde el punto de vista de la política de protección de los consumidores.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 66, Universidad Central de Venezuela, 1987, pp. 29-54; http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/66/rucv_1987_66_29-54.pdf; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.,* pp. 37-39; Santos Briz, L*os contratos...*, pp. 340-345; Larroumet, *ob. cit.,* Vol. I, pp. 91-101; Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...,* pp. 267-272; Véase sobre la "responsabilidad civil por productos defectuosos": Ochoa Gómez, *ob. cit.,* T. II, pp. 714-722.

[156] Palacios Herrera, *ob. cit.,* p. 6, "El Estado interviene en la protección del débil jurídico"; Pinto Oliveros ...*La información como instrumento de protección al consumidor*... p. 105, la tutela al consumidor constituye uno de los ejemplos más representativos del fenómeno de protección del denominado "débil jurídico".

ser la parte más desprotegida del contrato[157]. "La necesidad de proteger los derechos de los consumidores es relativamente nueva y obedece al surgimiento del Estado Social de Derecho, el cual se basa en el bienestar de los ciudadanos y la primacía del interés general sobre el particular"[158].

El sentimiento social de protección de los consumidores y usuarios se tradujo en la sensibilización del Constituyente venezolano, al incorporar su tutela al rango de derechos constitucionales en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagrando un derecho a la protección del consumidor y del usuario[159].

La doctrina inclusive ha referido que se aprecia una excesiva tendencia a proteger al consumidor, la cual ha sido criticada[160]. No obstante admitirse que "la irrenunciabilidad de los derechos del consumidor es un instrumento necesario en cualquier sistema normativo de protección del consumidor"[161].

Así pues, la protección en materia de consumo se erige si se quiere como una tendencia moderna del Derecho de Obligaciones y del Derecho en general. En materias como la derivada del consumo, el consumidor se enfrenta a técnicas de mercadeo que le impiden discernir sobre los alcances del contrato, amén de que opera la imposición de cláusulas no negociadas[162]. No puede ser tratado el consumidor con el criterio formal de la autonomía de la voluntad, cuando no ha mediado verdadera libertad en la contratación, sino que se le impone por obvia necesidad.

La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre las tarjetas de crédito[163], a decir de la doctrina es importante, no solo por el campo de protección que reconoció a los tarjetahabientes, sino como

---

[157] Viguri Perea, Agustín: *Los contratos de adhesión: nuevas tendencias en la evolución de la protección del consumidor en el Derecho estadounidense*, p. 79. http://dspace.uah.es/.../Los%20Contratos%20de%20Adhesión.%20**Tendencias**. Véase referencia en nuestra jurisprudencia *infra* 20.4.8.

[158] Vázquez, Claudia: *Protección al consumidor financiero. Avances y retos del sector asegurador*. Fasecolda, Septiembre 2012, p. 893, http://www.fasecolda.com/files/9113/9101/2240/parte_ii.captulo_7_proteccin_al_consumidor_financiero.pdf.

[159] Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-7-10, Exp. AP42-N-2008-000244, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/julio/1478-13-AP42-N-2008-000244-2010-906.html

[160] Cantero Martínez, Jorge y Mª del Carmen González Carrasco: *La producción normativa en materia de consumo, técnica legislativa y regulación sectorial,* p. 12. http://www.uclm.es/actividades0809/cursos/edc/docs/AngelCarrasco_1.pdf "Antes de proclamar la victoria en el campo de los derechos de los consumidores, habría que preguntarse si una excesiva tendencia a proteger al consumidor como si de un incapaz se tratara no va a poner en peligro su fundamental aspiración de acceso a los bienes por un costo razonable. Al final será el consumidor el que soporte vía precio un posible exceso de celo por parte del legislador".

[161] *Ibid.,* p. 51.

[162] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 44. Véase también: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.,* pp. 330-337; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 12-8-08, Exp. AP42-N-2005-001300 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/1478-12-AP42-N-2005-001300-2008-1560.html "la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el consumidor, que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita".

[163] TSJ/S Const., Sent. Nº 1419 del 10-7-07.

referencia para el futuro Derecho de Consumo en Venezuela[164]. La escasez de jurisprudencia en materia de protección al consumidor en Venezuela se vio de alguna manera compensada con la sentencia[165]. El artículo 117 de la Constitución consagra el derecho genérico de todas las personas a contar con una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos que consumen[166]. Agrega que las cláusulas ambiguas deben ser interpretadas del modo más favorable al consumidor[167] por tratarse de un contrato de adhesión. Otras sentencias importantes de la Sala Constitucional que apuntan a considerar el consumidor como débil jurídico son las relativas a los créditos indexados[168] y la concerniente a la solicitud de declaración de nulidad de la antigua Ley de Protección al Consumidor y al Usuario[169]. Decisiones estas referidas por la doctrina entre los ejemplos de controles *a posteriori* ejercidos por el Juez a la libertad contractual[170]. También existe una nueva tendencia hacia la constitucionalización del Derecho de seguro, hacia el establecimiento de normas que lo regulen de estricto orden público y hacia una marcada intervención y control de la actividad aseguradora por parte del Estado[171], así como en materia bancaria[172]. En las cuales es fundamental la "proporcionalidad".

Aun cuando la tendencia general apunta hacia la protección del consumidor, curiosamente se reseña que la Ley de Precios Justos constituye un retroceso en materia de tutela de este, toda vez que entre sus disposiciones derogatorias incluye la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de los Bienes y Servicios de 2010, que contenía una mayor protección o más detallada al consumidor[173].

---

164 Quiroz Rendón, *ob. cit.,* p. 379.

165 *Ibid.*, p. 361.

166 *Ibid.*, p. 372. Véase sobre el deber de información al consumidor: Pinto Oliveros, *La información como instrumento de protección al consumidor* ..., pp. 103-118.

167 Quiroz Rendón, *ob. cit.,* p. 375. Véase *infra* tema 20.4.8; Cardenas Mejía, *ob. cit.,* p. 698, las cláusulas oscuras se intepretan en contra de las empresa que redacta las condiciones a la que le es imputable la oscuridad.

168 Véase: TJS/SConst., Nº 85, 24/01/2002 http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm.

169 TSJ/SConst., Sent. Nº 1049 23-7-09, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1049-23709-2009-04-2233.HTML.

170 Véase: Madrid Martínez, *La libertad contractual*.... En: Derecho..., pp. 128-139.

171 Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 3-5-09, Exp. 6844, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/mayo/1330-3-6844-.html.

172 TSJ/SConst., Sent. 0439 del 27-5-11, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html. "Ello, denota todo un andamiaje normativo que se extiende en todos los ámbitos de la actividad bancaria, con el objeto de precaver situaciones de crisis en las instituciones financieras o de abusos por parte de éstas frente a los usuarios".

173 Véase en este sentido: Pinto, Sheraldine: *El contrato hoy en día: Entre complejidad de la operación y justicia contractual. Conferencia dictada en las I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés.* Association Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise. (Caracas, viernes 14 y sábado 15 de febrero

7.11. *Recientes tendencias en materia de responsabilidad civil*, entre las que cabe citar[174]

7.11.1. *Desplazamiento de la teoría de la culpabilidad a la responsabilidad objetiva*[175]. Veremos que nuestro sistema ordinario de responsabilidad civil, a saber de responsabilidad subjetiva, requiere de tres elementos concurrentes: daño, culpa y relación de causalidad. Entre los elementos que debe "probar" el actor se ubica la *"culpa"* entendida como intención o también error en la conducta. Ello hace pesada la carga del actor o demandante. De allí que el Legislador en determinado ámbito ya sea contractual o extracontractual establece responsabilidades objetivas, ajenas a la idea de culpa y orientadas por el sentido del riesgo o beneficio. Tal es el caso de algunas responsabilidades especiales complejas como las derivadas de la vigilancia del animal o de la cosa, o las previstas en algunas leyes o regímenes especiales (tránsito y aéreo). En los que se responde del daño al margen de la culpa[176].

Se afirma así que el Código Civil generalmente fundamenta la responsabilidad civil en el concepto de culpa pero dicho sistema ha sido profundamente modificado por la incidencia de la legislación especial extraordinariamente compleja, desarrollada a partir de la revolución industrial[177]. Sin embargo, otro sector doctrinario contrariamente alude entre las tendencias la "*superación de la teoría del riesgo*", promoviendo un

---

de 2014). Conferencia dictada el 14 de febrero de 2014; Piscitelli, Domingo: Notas sobre la reforma a la ley orgánica de precios justos del 19 de noviembre de 2014. En *Revista electrónica de Derecho Administrativo* Nº 5, 2015, p. 257, www.redav.com.ve . Véase también sobre dicha ley: Moncho Stefani, Rodrigo: *Comentarios sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Costos y precios justos.* En: Anuario de Derecho de Derecho Público Nº IV-V, Caracas, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monte Ávila, 2011-2012, pp. 219-242. http://www.uma.edu.ve/regalo/AnuarioDerechoPublico.pdf . La ley vigente es G.O. Nº 6.202 Extraordinario del 8 de noviembre de 2015.

174 Véase: Besalú Parkinson, Aurora V. S.: *La responsabilidad civil: tendencias actuales. la experiencia argentina y su posible proyección al derecho mexicano*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nº 91, enero-abril 1998, Nueva Serie Año XXXI, http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/91/art/art3.html; Urdaneta Fontiveros, Enrique: *Orientaciones ...*, pp. 694-711; Rodríguez Pittaluga, Alonso: *Tres tendencias nacionales en materia de responsabilidad civil.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje Nº 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 525-557; Pizarro, Ramón Daniel: *Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-10, www.acaderc.org.ar; Munar Cadena, Pedro Octavio: *Aspectos modernos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 305-329; Mélich Orsini, José: *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 45, 1994, T. I, p. 35.

175 Véase: Sequera, *ob. cit.,* p. 25, la responsabilidad objetiva es otra cuestión que ha surgido en la evolución moderna de la teoría de las obligaciones; Besalú Parkinson, *ob. cit.*

176 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.,* p. 22; Urdaneta Fontiveros, *Contornos...,* pp. 514-517.

177 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.,* p. 249.

retorno a la responsabilidad subjetiva, por considerar que la culpa apreciada objetivamente camufla una obligación de garantía de los daños causados a otros[178].

7.11.2. *El carácter preventivo de la responsabilidad civil.* Se dice que la indemnización por daño tiene por función básica indemnizar. Sin embargo, modernamente se le reconoce a la responsabilidad civil y a la respectiva indemnización, aunque con carácter subsidiario, un sentido preventivo o persuasivo, en el sentido de inhibir la conducta ilícita[179]. De alguna manera el saber que se responderá patrimonialmente de la conducta indebida, disuade de la realización del hecho ilícito. Se alude así a la "prevención" en el Derecho de daños[180].

7.11.3. *Se ha ampliado la nómina de los daños indemnizables,* flexibilizándose los requisitos del daño[181]. Se alude al carácter expansivo de la responsabilidad civil en el sentido de que la indemnización por daño puede alcanzar multiplicidad de materias, como es el caso del Derecho de Familia[182] y Derecho Civil extrapatrimonial en general[183].

---

[178] Véase: Llanos Lagos, Leonardo Andrés: *Responsabilidad postcontractual*. Chile, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía: René Ramos Pazos. http://es.scribd.com/doc/55426878/Tesis-Completa-Inidce-INFORMES-ESCANEADOS , p. 31, el autor cita a Le Tourneau, La responsabilidad civil; Moisset de Espanés, Luis: *Notas sobre "Tendencias actuales del Derecho privado"*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 4, www.acaderc.org.ar, remplazo, en muchos casos, de la imputación de responsabilidad fundada en culpa, por responsabilidades "objetivas", con fundamento en el riesgo o en la "garantía".

[179] Véase: Urdaneta Fontiveros, *Contornos...,* pp. 519 y 520; Morello, Augusto M.: *El Derecho de Daños en la actual dimensión social (las nuevas situaciones tutelables y las técnicas con las que se han de proteger).* En: Derecho de Daños. Primera Parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2000, Directores de la obra: Felix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, pp. 226; Madrid Martínez, Claudia: *Función de la responsabilidad civil en el Derecho Venezolano: Más allá de la reparación.* En: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 221-257; Domínguez Guillén, María Candelaria: *El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia.* En: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 162 y 163.

[180] Véase: Besalú Parkinson, *ob. cit.,* Se "atiende más a la evitación de los daños, que a un tardío y disfuncional, por cierto ineficiente o disvalioso, rol de reparación". Esto es, se prioriza la prevención, la que es considerada idea directriz del moderno derecho de daños.

[181] Véase: Urdaneta Fontiveros, *Contornos...,* p. 514; Besalú Parkinson, *ob. cit.*

[182] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del derecho de familia.* En: Revista de Derecho Nº 32, Tribunal Supremo de Justicia, 2010, pp. 33-72 (publicado también en: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. La Ley, Argentina, Año IV, Nº 2, marzo 2012, pp. 50-71); Roca i Trías, Encarna: *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia.* En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 533-563.

[183] Véase: Domínguez Guillén, *El daño en...,* pp. 159-219.

7.11.4. *Se procura aligerar a la víctima de la carga probatoria,* surgiendo mecanismos tendientes a asegurarles el cobro de la indemnización, a través de las presunciones de culpa[184].

7.11.5. *Difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual*[185]. Toda vez que los rasgos o elementos diferenciales que siempre se han manejado son ahora controvertidos, así como el problema si se justifica un tratamiento diferente[186]. Ello en atención a la "unidad" de la responsabilidad civil[187]. Se alude así modernamente a la tesis de la unicidad del fenómeno resarcitorio que conduce a través del elemento del daño a la concepción unitaria de la responsabilidad civil. Se expone el sistema de responsabilidad con un criterio unitario que, más allá de los ámbitos contractual o extracontractual en los cuales se origine, destacan la trascendencia del daño como elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio[188]. Para algunos se comparten más semejanzas que diferencias o en todo caso no presentan diferencias sustanciales de fondo.

7.11.6. *La responsabilidad patrimonial es extensible al Estado bajo ciertas particularidades*[189]. La responsabilidad patrimonial por hecho ilícito es igualmente extensible al Estado por aplicación del artículo 140 de la Constitución[190]. Funciona como una garantía a favor del administrado: "la realización plena del sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, comporta necesariamente que la misma sea concebida como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño y no como una garantía en favor de los

---

184 Véase: URDANETA FONTIVEROS, *Contornos...,* p. 519; MUNAR CADENA, *ob. cit.,* pp. 319 y 320.

185 Véase: MUNAR CADENA, *ob. cit.,* pp. 311-313; BESALÚ PARKINSON, *ob. cit.*

186 Véase: YAGÜEZ, Ricardo de Ángel: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño).* Madrid, Civitas, 1995, pp. 25-29.

187 Véase *infra* tema 13.1.

188 BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.,* T. IV, p. 258.

189 Véase sobre el tema, entre otros: REVERÓN BOULTÓN, Carlos: *El sistema de responsabilidad patrimonial de la administración pública en Venezuela.* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías Universidad Católica Andrés Bello Nº 33, 2015; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999.* Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2004; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *La evolución jurisprudencial de la responsabilidad de la Administración Pública en Venezuela.* En: La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (Coord. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y otros). Tomo II. XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Universidad Panamericana. ESPRESS. México, 2014, pp. 435-486; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1995; ARAUJO JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General.* Editorial Paredes. Caracas, 2007, pp. 1.003-1.055.

190 TSJ/SPA, Sent. 409 del 2-4-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/abril/00409-2408-2008-2000-0727.html . Véase sobre el caso de la viuda de Carmona en ese orden; TSJ/SConst., Sent. 2818 del 19-11-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/2818-191102-01-1532%20.htm ; TSJ/SConst., Sent. 2359 del 18-12-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/2359-181207-03-2808.htm.

entes públicos, cuya interpretación debe formularse en términos amplios y progresistas a favor del administrado"[191]. La responsabilidad del Estado es extensible a diversas hipótesis según ha planteado la doctrina[192].

7.11.7. *Gradual proceso de socialización de los daños*: Con la difusión de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil como el seguro (obligatorio u optativo), los fondos de garantía, la seguridad social, la asunción de daños por el Estado, los que no desplazan a la responsabilidad civil, sino que coexisten con ella y garantizan a la víctima el cobro del resarcimiento[193].

---

[191] TSJ/SCons., Sent. 1542 del 17-10-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1542-171008-08-0550.htm. Véase con ocasión de la anterior: TSJ/SPA, Sent. 206 del 9-3-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00206-9310-2010-2000-0727.html; TSJ/SPA, Sent. 05819 del 5-10-05, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/05819-051005-1994-10689.htm (Caso Ángel Nava). Véase sobre este último caso: Castillo Marcano, José Luis: *El artículo 140 de la Constitución: la responsabilidad del Estado es "patrimonial" (Comentarios al caso Ángel Nava).* En: Anuario de Derecho Público Nº 2, Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Ediciones Funeda, 2009, pp. 171-175; Subero Mujica, Mauricio: *Responsabilidad del Estado, violación de derechos fundamentales y reparación del daño.* En: Anuario de Derecho Público Nº 3, Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Ediciones Funeda, 2010, pp. 177-202.

[192] Véase por ejemplo: Ruan Santos, Gabriel: *Responsabilidad patrimonial del estado por hecho del legislador. ¿Un tema de ciencia ficción?* En: Anuario de Derecho Público Nº 3, Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Ediciones Funeda, 2010, pp. 231-237.

[193] Besalú Parkinson, *ob. cit.* En Francia, Viney ha escrito sobre la declinación de la responsabilidad individual. Desde el punto de vista de la víctima, el sistema ideal de resarcimiento será aquel que le permita una rápida recomposición de sus intereses esenciales, sin tener que interrogar sobre la causa del perjuicio.

TEMA 2
La Relación Obligatoria[1]

SUMARIO: *1. La relación jurídica 2. Noción 3. Caracteres 4. Elementos 5. Diferencia con el derecho real*

1. La relación jurídica[2]

Antes de avanzar a la relación obligatoria propiamente dicha, vale recordar la relación jurídica, por ser la primera una especie de esta última. Se trata de relaciones sociales de trascendencia jurídica[3]. La relación jurídica es una relación social regulada por el Derecho; existen materias o relaciones absolutamente indiferentes para el ordenamiento jurídico, tales como el amor o la

[1] Véase: ZAMBRANO VELASCO, *Teoría General...*; ZAMBRANO VELASCO, *Noción ...,* pp. 621-656; ZAMBRANO VELASCO, *La estructura...,* pp. 89-154; OCHOA, Oscar: *Preámbulo a la teoría general de las obligaciones.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 3-26 (en lo sucesivo cuando se refiera al autor por *ob. cit.*, se entenderá su obra *"Teoría..."*); CARNEVALI DE CAMACHO, Magaly: *El derecho de obligaciones.* En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad de los Andes Nº 18, 1994, pp. 11-35; GIORGIANNI, Michele: *La Obligación (La parte general de las obligaciones).* Barcelona, Bosch, 1958, Trad. Evelio Verdera y Tuells; BELTRÁN DE HEREDIA y ONIS, Pablo: *La obligación (Concepto, Estructura y Fuentes).* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, 1989; RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *Oob. cit.,* pp. 8-27; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 51-67; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, pp. 45-61; SUE ESPINOZA, *ob. cit.*, pp. 34-38; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 8-17; SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 63-97; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 17-37; RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 225-231; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 14-16; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 5-9; ROBLES FARÍAS, Diego: *La relación jurídica obligatoria (el actual concepto de obligación jurídica)* http://ww.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr31.pdf; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 22 y ss.; ÁLVAREZ OLALLA, Pilar y otros: *Manual de Derecho Civil Obligaciones.* Madrid, Bercal S.A., 3ª edic., 2011, pp. 15 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho.* Madrid, Dykinson, 5ª edic., 2006, Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría y María Ángeles Parra Lucán, pp. 203 y ss.; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, pp. 29-40; LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel y otros: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos.* Valencia-España, Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 47-53; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 18-45; ALBALADEJO, *ob. cit.,* pp. 15-34; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 46-55; PUIG I FERRIOL, Lluís y otros, *ob. cit.,* pp. 17-26; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 119 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Antonio: *La relación obligatoria, I: Requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el Derecho español y comparado desde sus raíces romanas.* En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVIII, Chile, 1er semestre de 2007, 83-117, http://www.rdpucv.cl ; BUCHER, Eugen: *La diversidad de significados de Schuldverhältnis (relación obligatoria) en el Código Civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones.* En: InDret Revista para el análisis del Derecho. 383, Barcelona, octubre de 2006, pp. 1-33, www.indret.com ; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Estructura y sujetos de la obligación.* Madrid, Civitas, 1990, pp. 4-36; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles.* Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, 5ª edic., s/f, pp. 4-25; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Derecho de Obligaciones (según los Códigos Civiles y Jurisprudencia española y panameña).* Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1965; ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación.* En: Revista de Derecho THEMIS Nº 60, pp. 255-271, http://Dialnet-ApuntesParaUnaEstructuraDeLaRelacionObligatoriaYSu-5110605.pdf

[2] Véase: Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE: *La relación jurídica como concepto metodológico.* Foro, Nueva época, Nº 11-12, 2010, pp. 31-53; LORETO, Luis: *El concepto de relación jurídica en Derecho Privado.* En: Ensayos Jurídicos. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt/Editorial Jurídica Venezolana, 1987, pp. 83-91 (también en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-714/A-12.pdfpp. 239-249) .

[3] FERREIRÓS, Estela Milagros: *Incumplimiento obligacional.* Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1998, p. 21.

amistad. Se presentan otras relaciones que el orden jurídico ha considerado importantes, y por tal las ha regulado elevándolas a la categoría de relación de derecho, la cual teóricamente está compuesta o integrada por tres elementos: los sujetos, el objeto y el vínculo. Los sujetos son dos (activo y pasivo); el objeto es el punto que une a los sujetos y el vínculo es la fuente de derecho de la que se deriva la relación, que puede ser un contrato o la ley propiamente dicha[4]. La palabra "relación" supone conexión: las conexiones entre sujetos reguladas por el derecho son denominadas relaciones jurídicas[5].

La relación jurídica derivada de los derechos reales no supone una distinción sencilla del titular del deber; el titular del derecho, en el caso por ejemplo de la propiedad, es el titular de dicho derecho, pero el titular del deber, son todos los demás sujetos en una suerte de deber pasivo universal[6], pues toda la colectividad debe respetar el derecho real del propietario. Esto, pues las relaciones jurídicas siempre tienen lugar entre sujetos[7]. La relación jurídica es siempre una relación personal pues se produce entre personas[8]. Es la postura que asumimos más lógica, sin perjuicio de otras tesis en el ámbito de los Derechos Reales[9].

La relación jurídica tradicional conformada por derechos de crédito distingue claramente un sujeto pasivo (deudor) de un sujeto activo (acreedor) unidos por un objeto que se traduce en la prestación; éste es el punto que los une, pues la conducta que espera el acreedor es la que debe efectuar el deudor[10]. El título que legítima tal situación es el vínculo. Pero no toda relación supone una clara distinción del sujeto activo y pasivo, pues hay relaciones en que coexisten en cabeza de ambos sujetos deberes y derechos, no siendo fácil distinguir o precisar un sujeto "activo" y otro sujeto

---

[4] Véase sobre la relación jurídica: Domínguez Guillén, María Candelaria: "La persona: ideas sobre su noción jurídica". En: *Revista de Derecho* Nº 4, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 320 y ss. (también en: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I Personas*..., pp. 42-49); Tosta, *Guía*..., pp. 103 y ss.; Robles Farías, *ob. cit.*, pp. 505 y ss.; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 12-16.

[5] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 13.

[6] Véase *infra* Nº 5 de este tema.

[7] Véase: Hattenhauer, Hans: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona, edit. Ariel S.A., 1987, pp. 19 y 20: "Toda relación jurídica consiste en la relación de una persona con otra persona". Savigny indicaba que se necesitaba por lo menos dos personas para construir una relación jurídica. Véase en sentido diferente: Von Thur, Andreas: *Parte General del Derecho Civil*. Costa Rica, Editorial Juricentro S.A., 1977, Trad. Wenceslao Roces, p. 20: "bajo el nombre de relación jurídica se agrupan todos los efectos jurídicos atribuidos por la ley a una relación entre dos personas ***o entre una persona y una cosa".*** (Destacado nuestro).

[8] Puig I Ferriol, Lluís y otros, *ob. cit.*, p. 53.

[9] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis: *Cosas, Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989, pp. 90-92, distingue la teoría "clásica" que concibe el derecho real como una relación entre una persona y una cosa; la tesis "obligacionista" que refiere que no existen derechos sino entre personas; las teorías armónicas que ven en el derecho real un elemento interno material o estático (relación entre titular y la cosa) y otro externo, formal o dinámico (garantía o deber de las demás personas de no interferir en esa relación).

[10] Véase: Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 15, la relación se construye entre personas, el deudor está obligado a realizar una prestación a favor del acreedor, prestación que constituye el objeto de la obligación.

propiamente “pasivo”. Se trata de relaciones jurídicas recíprocas como es el caso de la compraventa en el que ambas partes tienen deberes y derechos. Que conforman un concepto más amplio de “situaciones jurídicas”[11]. En el ámbito del Derecho de Familia o extrapatrimonial también se presentan relaciones jurídicas marcadas por la reciprocidad, por ejemplo, de la filiación, del matrimonio[12], etc. Sin embargo, inclusive en la relación jurídica obligatoria es discutible que el acreedor no tenga alguna obligación, pues, por ejemplo está obligado a recibir el pago y otorgar el correspondiente recibo de finiquito. Así pues, el derecho de crédito no está formado sólo por facultades sino que al acreedor también se le imputan deberes y se le atribuyen cargas. Por ello, el derecho de crédito es una situación jurídica compleja[13]. Y así se alude igualmente entre los deberes del acreedor derivados del plan obligacional los derivados de las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso de derecho. Tiene la carga de procurar la liberación del deudor a fin de no caer en la mora del acreedor[14].

En la relación jurídica se conforman en forma interesante las nociones de “deber jurídico” y de “derecho subjetivo”. El poder jurídico puede dirigirse a una persona determinada (relación jurídica relativa) o hacia la generalidad de las personas (relación jurídica absoluta). El deber[15] jurídico tiene por objeto un comportamiento de la persona a quien él afecta y ese comportamiento jurídico consiste en una conducta activa o en una conducta pasiva (negativa). El derecho subjetivo constituye el aspecto activo de la relación jurídica y se puede manifestar en un poder sobre un objeto o en una pretensión frente a otro sujeto determinado; supone un conjunto de facultades que reconoce el ordenamiento jurídico a favor de determinado sujeto. Todo derecho subjetivo se fundamenta en un deber jurídico pero no todo deber jurídico produce un derecho subjetivo: la obligación es pues una especie del deber jurídico, pero existen deberes jurídicos que

---

[11] Véase a propósito de la situación jurídica: PARRA ARANGUREN, Fernando y Alberto SERRANO: *Elementos para el estudio de la norma jurídica.* En: Actas Procesales del Derecho Vivo, Nos. 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiúnica, 1977, pp. 69 y 70; TOSTA, *Guía*..., p. 108, una relación jurídica por lo general implica un deber para un sujeto y derecho correlativo para otro. La mayoría de las veces implica deberes y derechos para ambos. Una situación jurídica es algo más complejo, pues las normas pueden crear una posición especial para un sujeto que –siguiendo a Egaña– será el centro de una serie de relaciones jurídicas. Y existirá todo un conjunto de deberes y derechos que las normas establecen para un solo sujeto que se encuentra en determinada situación jurídica como es el caso del padres de familia.

[12] Véase: DE LA TORRE, *ob. cit.*, p. 48, el matrimonio es en sí una relación jurídica, que ya hace nacer deberes y derechos entre los cónyuges; NAWIASKY, Hans: *Teoría General del Derecho.* Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1962. Traducción José Zafra Valverde, p. 232, las relaciones jurídicas recíprocas son siempre “relativas”, pues suponen vínculos de derecho entre personas determinadas, pero pueden asociarse en ellas derechos absolutos, inherentes a la relación con terceras personas. Piénsese en la relación entre cónyuges y entre padres e hijos, en la relación conyugal las pretensiones de ambas partes tienen hacia fuera carácter absoluto (*ibid.*, p. 334).

[13] LÓPEZ LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 49.

[14] *Ibid.*, p. 50.

[15] Véase: POTHIER, Robert Joseph: *Tratado de las Obligaciones.* Argentina, Ediasta, 2007, Trad. Guillermo Cabanellas de Torres, p. 7, en un sentido lato la obligación es sinónimo de “*deber*”.

no constituyen técnicamente obligaciones[16]. Deberes jurídicos hay tantos como normas jurídicas. En tanto las obligaciones emanan de las fuentes que pueden darles vida, entre ellas se ubica por excelencia el contrato, pero este no es la única fuente de las obligaciones[17].

Lagrange finaliza clasificando las relaciones jurídicas en públicas y privadas. Y estas últimas en *absolutas* (de la personalidad) y *relativas* (familiares, corporativas y de obligación)[18]. La obligación es una subespecie de las relaciones jurídicas de tipo patrimonial[19]. A las obligaciones bilaterales corresponden en particular los contratos sinalagmáticos que se caracterizan por el hecho de que cada una de las partes promete una prestación a la otra para obtener de ella una contraprestación[20].

La obligación surge como una necesidad de la vida humana con proyección jurídica. Así se afirma que quien decide obligarse ha debido pesar lenta o rápidamente en una balanza de sus deliberaciones las ventajas que le procurará su obligación, con los sacrificios que puede costarle. Aunque en la obligación se encuentra implícita la idea de valor, de alguna manera se persigue la igualdad en las ventajas y sacrificios consentidos por las partes[21].

2. Noción

Obligación viene del latín "*obligatio, obligare*" u "*ob-ligare*" que significa ligar o atar[22], sujeción física o moral, vínculo que limita y dirige la actividad humana. La obligación se llama también relación obligatoria, derecho de crédito o débito. Y expresa la posibilidad que tiene un sujeto de exigir a otro un determinado comportamiento[23]. Tanto así que cuando se cumplía la prestación lo que denominamos "pago" los romanos lo llamaban "*solutio*" que significaba "desatar" porque el deudor se desligaba[24].

En un sentido amplio, para algunos, la obligación es un "vínculo"[25] que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa. En un sentido jurídico es

---

[16] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 9 y 10, pues el deber jurídico es la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de derecho.

[17] Véase *infra* tema 3.

[18] Lagrange, *Apuntes*...; Loreto, *ob. cit.*, p. 248.

[19] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 15.

[20] Larenz, *ob. cit.*, pp. 18 y 19.

[21] Sequera, *ob. cit.*, p. 11.

[22] Véase: Jiménez Serrano, Pablo: *La teoría de las obligaciones y el Derecho de Familia*. Ab/May/Jun 2006, Año XII, Nº 45, p. 157, http://*ftp.usjt.br/pub/revint/157_45.pdf* la categoría "*obligación*", etimológicamente se explica a través del término "*ob*" que significa "alrededor" y "*ligare*" que significa atar, ligar.

[23] Zambrano Velasco, *Noción*..., pp. 624 y 625. Véase también: Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 32 y 33.

[24] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 39.

[25] Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 34; Ospina Fernández, Guillermo: *Régimen legal de las Obligaciones*. Bogotá, Temis, 6ª edic., 1998, p. 20; López López y otros, *ob. cit.*, p. 47; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 15; Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 21; Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Caracas, Imprenta Nacional, reimpresión de la primera edición, 1873, T. III, p. 5.

una manifestación del deber jurídico que se caracteriza por: ser un vínculo transitorio; que se dirige a la satisfacción de un interés particular, de tipo patrimonial o económico y que en caso de incumplimiento puede hacerse efectivo a costa del patrimonio del deudor[26].

Y así, vista desde la óptica del deudor, se afirma que la obligación es un deber jurídico de un sujeto de realizar una prestación a favor de otro que posee el poder de exigírsela. Aunque para algunos la obligación es una institución mucho más amplia que la pura y simple situación de deber jurídico entendido en variadas formas que obligan a un determinado comportamiento por varias razones[27]. En nuestro concepto, la noción de deber es más amplia que la de "obligación", porque aquel es el género que puede ser impuesto por la ley, en tanto que la obligación en sentido técnico responde a la autonomía de la voluntad y tiene contenido patrimonial, sin perjuicio de otras fuentes de las obligaciones diversas al contrato[28].

En efecto, la obligación se presenta como un "deber" de contenido patrimonial. Se indica que la obligación es una "especie" del "deber jurídico"[29] que es una categoría más genérica; la obligación es la denominación específica del deber de uno o más sujetos determinados, individualizados como "deudores" de observar un determinado comportamiento positivo o negativo frente a otro sujeto que es el "acreedor"[30]. Lasarte señala que la obligación si bien es una especie del deber, se diferencia de éste porque está marcado por la patrimonialidad por lo que se trataría de un deber jurídico patrimonializado. Y así cuando se alude a que los padres tienen la obligación de velar por sus hijos es sinónimo de "deber"[31]. La figura de la carga aparece coordinada al poder y de ninguna manera contrapuesta. Esta conducta es libre en el sentido de que no constituye el objeto de una obligación. Es necesaria por ser condición necesaria a la realización del propio interés. Ejemplo es la carga de contestar la demanda o promover pruebas.

La noción de obligación es una al margen de la fuente. El concepto de obligación, es el resultado de una larga tradición histórica proveniente del Derecho Romano, donde la obligación se definió como un *vínculum iuris*. La obligación es una situación bipolar, formada por un lado por la posición del deudor y por otro por la del acreedor. Este último es titular del derecho subjetivo o derecho de crédito que le faculta a exigir frente al deudor lo que a éste es debido (prestación). En el otro polo se ubica el deudor quien es sujeto de un deber jurídico (deuda) que le impone la observancia del

---

[26] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 25.

[27] Véase: Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 36.

[28] Véase *infra* tema 3.

[29] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 46, dentro de la convive con otros deberes con trascendencia para el Derecho.

[30] Zambrano Velasco, *Noción...*, p. 627.

[31] Lasarte, *ob. cit.*, p. 5.

comportamiento debido y "le sitúa en el trance de soportar, en otro caso, las consecuencias de su falta". Como situación de dos polos, la obligación es una relación jurídica o relación obligatoria. Ésta es cauce o instrumento para que las personas puedan intercambiar bienes y servicios[32]. La obligación se traduce en una necesidad jurídica que tiene el deudor de conceder al acreedor una prestación[33]. Oponiendo la expresión "necesidad" a la libertad[34].

El Derecho Romano ofrecía en las Institutas de Justiniano la siguiente definición: "*el vínculo jurídico en virtud del cual estamos constreñidos a pagar algo a alguien según el Derecho de nuestra ciudad*". Paulo, por su parte, señaló: "la sustancia de las obligaciones no consiste en esto que alguien pueda hacer algo en nuestro cuerpo o nos reduzca a esclavitud sino que nos constriña a dar algo o hacer o a prestar"[35]. Refiere Palacios Herrera que las definiciones de obligación no difieren mucho de la antigua definición romana según la cual se trata una relación jurídica en virtud de la cual una persona debe una prestación a otra que está en la facultad de exigirla[36]. Tal vez la novedad más importante de la doctrina moderna radica en sustituir la noción de "*vínculo*" por la de "*relación*", por considerarla comprensiva tanto de "deuda" como de "crédito"[37]. Cuando una persona asume una obligación de alguna manera restringe o comprime su esfera general de libertad[38]. Algunos aluden a "lazo" de derecho[39].

Relación obligatoria es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones[40]. Zambrano Velasco propone la siguiente noción: "*Aquella relación jurídica entre dos o más sujetos en virtud de la cual una persona determinada, llamada deudor, está vinculada o sometida, bajo el poder*

---

32 Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 119.

33 Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 5.

34 *Ibid.*, p. 6.

35 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 46, refiere el autor que la definición justineanea resulta en esencia "impecable", aunque los juristas del Derecho Intermedio perfilaron mejor sus términos. En el mismo sentido Lagrange (*Apuntes*...). Véase también sobre la evolución de la noción en el Derecho Romano: Sequera, *ob. cit.*, pp. 63-67.

36 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 8; Martínez R. de C., Luz María y otros: *Análisis comparado en materia de obligaciones entre el Derecho romano y el Derecho moderno.* En: TELOS. Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales Universidad Rafael Belloso Chacín, Vol. 10, Número 2, 2008, pp. 324-342, *www.publicaciones.urbe.edu › ...* "La definición romana ha predominado en el Derecho Moderno... Las diferentes definiciones del Derecho Moderno difieren poco con relación a la del Derecho romano"; Rodríguez Ennes, Luis: *En torno al Derecho romano de Obligaciones*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Nº 5, 2001, pp. 693 y 694, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2117/1/AD-5-29.pdf.

37 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 47.

38 Puig I Ferriol, Lluís y otros, *ob. cit.*, p. 17.

39 Véase: Pierre Tapia, Oscar R.: *Mementos de Derecho*. Caracas, Editorial Pierre Tapia SRL, 2ª edic., 1991, p. 75; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 613, "la obligación es un lazo de derecho por el cual una persona es compelida a hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra".

40 Larenz, *ob. cit.*, p. 18.

coactivo del ordenamiento jurídico, a cumplir una conducta determinada, patrimonialmente valorable, para satisfacer un interés, aunque no sea patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, que tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera"[41].

La doctrina mayoritaria nacional se orienta por ver la relación obligatoria como una relación jurídica[42], aunque algunos siguen aludiendo a "vínculo jurídico"[43]. Por nuestra parte, podemos concluir que la relación obligatoria es aquella relación jurídica que une a un sujeto activo (acreedor) con otro sujeto pasivo (deudor) al cumplimiento de una prestación (objeto) a favor del primero, so pena de responsabilidad patrimonial del último.

Las definiciones modernas varían en poner énfasis en el lado pasivo o activo de la relación obligatoria. En efecto, se aprecia que algunas definiciones de obligación ponen el énfasis en el aspecto pasivo de la relación (deudor) y otros en el activo (acreedor) y la expresión que se utilice denota la tendencia de enfocar el aspecto pasivo (obligación o deuda) o el lado activo (crédito). Pero cada una es igualmente importante, toda vez que aunque se pretenda darle un rol protagónico al deudor, éste encuentra sentido en virtud del acreedor. No existe deudor sin acreedor ni viceversa. Ambos son sujetos protagónicos de la relación obligatoria. No existe pues "deudor" sin "acreedor"; ambos son esenciales en la dinámica obligatoria. "Crédito" y "débito" son dos caras correlativas de la relación obligacional, pues se afirma acertadamente que "*no existe obligación que tenga por objeto un débito al cual no corresponda de manera fatal necesariamente un crédito a favor de otra persona*"[44].

Suele utilizarse indistintamente las expresiones "Derecho de Obligaciones" y "Derecho de crédito"[45] pero ninguna de las dos es exacta o completa. Pues la primera denominación hace referencia al aspecto pasivo de la obliga-

---

[41] Zambrano Velasco, *Noción...*, p. 654.

[42] Véase: Sequera, *ob. cit.*, p. 67; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 49; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 53; Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I...*, p. 44; Tosta, *Guía...*, p. 106. Véase también: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-2-15, Exp. AP11-M-2011-000463, http://*caracas.tsj.gob.ve/* ***DECISIONES/2015***/*.../2116-9-AP11-M-2011-000463-.html* "Entendiéndose de las obligaciones la existencia de una relación jurídica. Véase aludiendo a "*una relación jurídica o lazo de derecho*"; Juzgado Noveno de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Losada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 29-10-07, Exp. 1.749 -07, http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/OCTUBRE/499-29-1.749-07-145.HTML; Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 12-5-08, AP31-V-2008-000268 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/MAYO/2171-12-AP31-V-2008-000268-.HTML.

[43] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 26; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 18; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Nueva Esparta, Sent., 19-6-15, Exp. 11.613-14, http://*nueva-esparta.tsj.gob.ve/****DECISIONES/2015***/ *junio/283-19-11613-14-.HTML.*

[44] Lagrange, *Apuntes...*

[45] Véase: Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 613.

ción y la segunda al aspecto activo de la relación jurídica[46]. Y así en acertada opinión de Hernández Gil "sería más completa la expresión que comprendiera ambos aspectos, pero esa expresión no existe o, por lo menos, no se utiliza"[47]. Para Lasarte, dada la necesidad de dos sujetos con posiciones contrapuestas, sería más claro por omnicomprensivo aludir a "relación obligatoria", a pesar de que la palabra obligación tiene tanta energía y expansividad[48].

La mera referencia a crédito y deuda no explican completamente todo el fenómeno obligatorio, por ello es preferible hablar de "relación jurídica obligatoria". De allí que, aclara Bernad Mainar que la voz obligación puede tomarse en dos sentidos: "como relación obligatoria en su conjunto, y como el lado pasivo de esa relación, esto es, la necesidad y sujeción en que se halla el deudor como consecuencia de ella"[49]. Lo que denota que la expresión "obligación" se asocia al lado pasivo de la relación obligatoria, aunque dicho término haya adquirido carta de ciudadanía, llegando a conformar el título de la materia que nos ocupa. Por lo que el término "obligación", aunque difundido no es determinante; bien podríamos aludir a "crédito", proyectando el mismo significado aunque con especial referencia al titular del derecho, pues ambas caras son esenciales en la relación obligatoria[50]. Y en tal sentido, refiere Acedo Penco que tal vez hubiere sido más precisa la denominación global de "derecho de obligaciones y de créditos" para designar esta disciplina en sus dos aspectos: pasivo y activo, deuda y crédito, no solamente el primero[51].

3. Caracteres

De lo indicado anteriormente se evidencian los caracteres que la doctrina atribuye a la obligación[52]:

---

[46] Véase: Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 29, "Derecho de Obligaciones y Derechos de crédito son equivalentes y entre ambas expresiones no existe una diferencia sustancial, sino, a lo más, de puro matiz objetivo, en cuanto que la expresión Derecho de Obligaciones parece referirse más al aspecto pasivo de la relación jurídica obligacional, mientras que la locución Derecho de Crédito pone de relieve más bien el aspecto activo y, por ende, la facultad jurídica de exigir el cumplimiento de una determinada prestación".

[47] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 21, en todo caso agrega el autor no resulta pertinente la expresión "derechos personales" por oposición a los derecho reales. Pues se trata de una terminología equivoca que suele asociarse a los derechos intransmisibles que se extinguen a la muerte del titular. En el mismo sentido: Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 30.

[48] Lasarte, *ob. cit.*, p. 2.

[49] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 46.

[50] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La obligación negativa*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Nº 2, Caracas, 2013, p. 45, La expresión "*obligación*" enfoca dicha relación desde la perspectiva del deudor, sujeto pasivo u obligado, pero también se alude a "derecho de crédito", proyectando su enfoque en el acreedor o sujeto activo. Sin embargo, ambos son sujetos protagónicos de la relación obligatoria. Deudor y acreedor están en paridad de importancia porque no existe obligación o derecho de crédito sin deudor pero tampoco sin acreedor por lo que el término "obligación", aunque difundido no es determinante; bien podríamos aludir a "crédito".

[51] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 23.

[52] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 26.

3.1. *Bipolaridad,* se refiere a la correlación entre el deber del deudor y el derecho del acreedor[53]. Es esencialmente subjetiva y supone la existencia de *dos polos* opuestos: crédito y deuda[54], a saber, acreedor y deudor, respectivamente. Ambos polos son igualmente importantes. De allí que Giorgianni aluda a la presencia de *dos sujetos* y la determinación de éstos[55].

3.2. *Patrimonialidad,* supone la evaluación económica de la obligación, esto es, la necesidad de que sea susceptible de valorarse económicamente. Giorgianni considera entre las notas esenciales fisonómicas de la obligación: su *patrimonialidad*[56].

3.3. El *interés del acreedor* destinado a ser satisfecho por el deber del deudor[57]. Ello está inevitablemente asociado a la idea de "*utilidad*" que algunos refieren respecto de la prestación.

3.4. *Relatividad,* implica que el acreedor generalmente sólo puede dirigir sus pretensiones contra una persona determinada, precisamente su deudor, sin afectar la esfera jurídica de terceras personas ajenas a la relación[58]. Se alude así al efecto "relativo" del vínculo obligatorio pues éste no alcanza a los terceros, que no pueden exigir el cumplimiento de la obligación ni quedar sujetos a cumplirla[59]. La directriz del crédito contra una persona determinada que es el deudor, supone el carácter relativo del crédito que lo diferencia del derecho real que confiere un señorío absoluto contra todos[60].

3.5. *Temporalidad,* toda vez que por oposición a los derechos reales, las relaciones obligatorias son por naturaleza pasajeras o temporales[61]. Lo contrario afecta su esencia y las hace susceptibles de nulidad. Por lo que es característica de la obligación el constituir un vínculo de naturaleza transitoria, pues se afirma: "las obligaciones no son perpetuas: nacen para extinguirse"[62]. Es bien sabido entonces que "las obligaciones nacen para morir".

---

[53] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 47.

[54] MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. I, p. 48.

[55] GIORGANNI, *ob. cit.*, pp. 46-61.

[56] *Ibid.*, pp. 35-46. Véase también: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. I, p. 47, "no podemos prescindir la posibilidad de apreciación pecuniaria"; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 24; ÁLVAREZ OLALLA, Pilar y otros, *ob. cit.*, pp. 19 y 20; PUIG I FERRIOL, Lluís y otros, *ob. cit.*, pp. 21 y 22. Dicha exigencia –a decir de LAGRANGE (*Apuntes*...)– no se encuentra expresa en la Ley pero que la mayoría de los autores considera necesaria.

[57] GIORGANNI, *ob. cit.*, pp. 61-70.

[58] Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. I, pp. 26, 52 y 53; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 23; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 19 y 20.

[59] MAZEAUD, Henri y otros (León y Jean): *Lecciones de Derecho Civil. Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Parte Segunda, Vol. III, pp. 34 y 35.

[60] LARENZ, *ob. cit.*, p. 23.

[61] Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. I, pp. 26, 52 y 53; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 24; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 21. Véase *infra* 2.5.

[62] PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 353.

3.6. "*Alteridad*", porque el titular puede exigir a los demás integrantes de la comunidad que respeten dicha situación jurídica[63].

3.7."*Complejidad*" de la relación obligatoria, pues tras su estructura sencilla resulta que el acreedor no sólo es titular de todo tipo de facultades encaminadas a conseguir la satisfacción de su derecho, sino que también tiene que asumir deberes y cargas. Una complejidad parecida nos encontramos a la hora de contemplar la situación del deudor[64]. *La relación obligatoria es una relación jurídica compleja en la que intervienen o se interrelacionan dos partes, acreedor y deudor con derechos y obligaciones recíprocas, que deben ser explicados en el marco de la relación y no sólo haciendo alusión que le corresponde al deudor o al acreedor*[65].

3.8. *Coercibilidad,* característica propia de los fenómenos jurídicos cuando el sujeto no cumple voluntariamente; y la "*autonomía*" porque la obligación existe independientemente de la fuente[66]. La obligación implica una coacción; sin ella el acreedor no tendría sino escasas probabilidades de obtener el cumplimiento. Si no opera el cumplimiento voluntario, el acreedor cuenta con el cumplimiento forzoso. Pero el deudor se inclina ante la sola amenaza que pesa sobre él; si no existiera la coacción, serían numerosos los deudores que se sustraerían de sus compromisos[67].

3.9. *La responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.* El patrimonio del deudor es la garantía del acreedor (CC, arts. 1863 y 1864, el deudor cumple con todos su bienes habidos y por haber y el patrimonio es prenda común de sus acreedores, quienes tienen igual derecho salvo causas legítimas de preferencia que son los privilegios y las hipotecas). "Para el supuesto de insolvencia del deudor, el concurso de acreedores es un procedimiento judicial universal de concurrencia de acreedores, destinado a graduar los créditos y a proceder a su realización sobre el remanente del deudor insolvente"[68].

4. Elementos[69]

De allí que los elementos de la obligación o relación obligacional, son los sujetos (deudor y acreedor), el objeto (prestación) y el vínculo (lazo o ligamen)

---

[63] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 49.

[64] Véase: Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, pp. 20 y 21, la complejidad de la relación obligatoria se multiplica en todos aquellos casos en los que la misma se inserta en un conjunto más o menos amplio de relaciones jurídicas.

[65] Robles Farías, *ob. cit.*, p. 497.

[66] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 50-53.

[67] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 212.

[68] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 35. Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 21 y 22; Lagrange (*Apuntes*...) alude a la posibilidad de hacerse efectiva mediante el equivalente económico como característica esencial que se le ha atribuido a la obligación.

[69] Véase: Zannoni, Eduardo: *Elementos de la obligación.* Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 77 y ss.; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 26-32; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 13-17; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 49-61; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 21-25; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 45-67; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 71 y 72; Wayar, *ob. cit.*, p. 94; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 23-31; Sequera, *ob. cit.*, pp. 77-90.

o causa[70]. Coincidiendo en esencia con los elementos de la relación jurídica; sujetos (activo y pasivo), objeto (prestación) y vínculo (lazo de derecho). Algunos hacen especial referencia a este último, señalando que la relación obligatoria constituye un "**vínculo jurídico**", por tratarse de una relación jurídica que encadena al deudor a determinado comportamiento y al acreedor al derecho de exigirlo[71]. Aunque según indicamos más precisamente para algunos se configura propiamente como una especie de "relación jurídica".

4.1. *Sujetos*[72]

La relación obligatoria como toda relación o situación jurídica está conformada por sujetos. No es factible una relación obligatoria con un solo sujeto[73]. Pero, por otra parte, "no cabe concebir una relación obligacional en la que no exista un sujeto pretensor y un sujeto obligado"[74]. En toda relación obligatoria son necesarios dos sujetos (activo y pasivo, esto es, acreedor y deudor, respectivamente), que lógicamente deben estar perfectamente determinados desde el instante de la constitución del vínculo, a los fines de saber a quién se debe exigir el cumplimiento y a quién ha de reclamarse la obligación[75]. Los sujetos son las personas ligadas por el vínculo; toda relación obligatoria requiere por lo menos un sujeto activo y otro sujeto pasivo, pero podrían ser más; varios acreedores y un deudor o varios deudores y un acreedor, o varios acreedores y varios deudores. En suma, hay siempre al menos dos partes: la deudora y la acreedora[76].

Todo sujeto de derecho, ya sea natural o incorporal puede ser acreedor o deudor. "Los sujetos de la obligación han de ser dos, activo y pasivo, pero esto no es óbice para que cada uno de ellos pueda integrarse por una o más personas, tanto desde el lado activo como pasivo"[77]. La situación del deudor es de deber y sujeción; la situación del acreedor una situación de poder o señorío[78].

Algunos admiten que los sujetos estén indeterminados pero sean *determinables*[79] en virtud de hechos previstos al constituirse la relación obligatoria.

[70] Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 26-32; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 13-17; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, p. 49. ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 24 y 25, el autor diferencia el vínculo jurídico (relación de poder y deber correlativo) y causa (razón o motivo de la relación jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico).

[71] ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 24.

[72] Véase sobre "los sujetos de la obligación": ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 37-47; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 6 y 7; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 54-67.

[73] Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 15, ¿Podríamos pensar en una relación obligatoria con un solo sujeto? Nunca.

[74] OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 23; SEQUERA, *ob. cit.*, p. 77, la relación obligatoria no puede ser pensada sin dos personas.

[75] Véase: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 59, alude a: "sujetos, objeto y *causa*".

[76] ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 19.

[77] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, p. 51, lo que origina a decir del autor las "denominadas obligaciones pluripersonales".

[78] LÓPEZ LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 47.

[79] Véase: SUE ESPINOZA, *ob. cit.*, pp. 46 y 47; GHERSI, *ob. cit.*, p. 66.

De allí que Lete del Río admite una indeterminación relativa, transitoria o temporal, también llamada determinación indirecta. Se suele colocar como ejemplo el caso de los títulos al portador[80], la promesa hecha al público y la obligación *propter rem*[81]. Lagrange agrega el *seguro por cuenta de quien corresponda* y el *legado a favor de persona determinada elegible entre varias* (CC, art. 898 CC). De allí que acote Palacios Herrera que "no hace falta que el sujeto esté plenamente determinado; basta que de la obligación misma surja la forma de determinarlo"[82]. Sin embargo, acota acertadamente Lagrange que tales supuestos no constituyen casos de verdadera indeterminación, toda vez que la relación obligatoria nace propiamente cuando el sujeto es determinado. Inclusive señala que en aquellos contratos en que se acepte la existencia de la cláusula "por sí o por persona que se designará" no puede hablarse de indeterminación de alguna de las partes contractuales, porque el contrato ya existe y se encuentra perfeccionado, respecto del que entrará a partir de la designación el tercero elegido[83]. La concepción de los derechos sin sujeto es una imposibilidad lógica[84].

Recordemos que es común la existencia de relaciones jurídicas recíprocas en las que ambas partes son a su vez acreedor y deudor. Como acontece en el caso de la compraventa, en que se generan obligaciones y derechos a cargo de ambas partes[85].

4.2. *Objeto*[86]

El objeto de la relación obligatoria es la prestación o conducta a la que se obliga el deudor, a saber, la prestación debida y por contrapartida lo que el acreedor está facultado a requerir. El objeto de la obligación es la prestación[87]. Se alude así a objeto o prestación[88]. Desde la época romana el objeto de la obligación es la prestación[89]. La conducta debida por el obligado se

---

[80] Véase sobre tales: Sequera, *ob. cit.*, pp. 187-191.

[81] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 31. Véase también: Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 51; Sequera, *ob. cit.*, p. 79, agrega la institución testamentaria a favor del no concebido todavía.

[82] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 15.

[83] Véase: Cecchini Rosell, Xavier: *La cláusula "por sí o por persona que se designará"*. España-Valencia, Tirant Lo Blach, Colección Privado 32, 2000, p. 21.

[84] Sequera, *ob. cit.,* p. 80.

[85] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 7. Véase *supra* 2.1.

[86] Véase sobre "el objeto de la obligación": Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 49-67; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 75-89; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 25-30; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 67-72, Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 69 y ss.; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 11-14; Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 37-64.

[87] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 32. Véase: Ferreirós, *ob. cit.*, p. 22, en la relación obligatoria el objeto como elemento de la relación jurídica, consiste en la actividad o conducta propia de la persona obligada al cumplimiento de algo.

[88] Véase: Lagrange (*Apuntes*...), lo denomina "PRESTACIÓN" que consiste en el comportamiento al cual el vínculo obligatorio sujeto al deudor y que tiene el derecho de exigirle al acreedor. El objeto de la prestación consiste siempre en un acto del deudor, que puede o no referirse a una cosa; Sue Espinoza, *ob. cit.*, p. 49; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 20.

[89] Silva Sánchez, *ob. cit.*, pp. 86 y 87.

denomina técnicamente prestación[90]. El objeto inmediato o directo de la obligación lo constituye la actividad personal del deudor y las cosas o los servicios constituyen contenido u objeto de la prestación[91].

El objeto de la prestación en materia de relación obligatoria nunca es una cosa. Siempre es el comportamiento constitutivo de la prestación. "El objeto de la obligación es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado para reclamar. El deudor lo que debe en realidad es una conducta o un comportamiento, al que usualmente se le denomina <<prestación>>"[92]. De tal suerte que el objeto no es propiamente la "cosa" sino la prestación, que se traduce en una conducta, la cual puede derivar en la entrega de una cosa, de un hacer o de una abstención. En efecto, la prestación puede ser de dar, de hacer y de no hacer, respondiendo las dos primeras a las obligaciones positivas y la última a las obligaciones negativas[93].

"Por objeto de una obligación debe entenderse la prestación y por ésta, la actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en obsequio o beneficio de su acreedor"[94]. El objeto de la obligación es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado para reclamar. El deudor lo que debe en realidad es una conducta o un comportamiento al que usualmente se le denomina prestación. Con base a esto último vale distinguir que el objeto de las obligaciones puede ser un hecho positivo (como la transmisión de la propiedad o una conducta del deudor) o puede ser un hecho negativo, a saber, una abstención[95]. La obligación tiene por objeto un plan de prestación; dicha prestación es la programación ideal de un acontecimiento que aspira sea realidad en un *posterius,* esto es, el plan o proyecto de una conducta futura del deudor con miras a dar satisfacción a un interés del acreedor[96].

La prestación debe ser posible, lícita, determinada o determinable y susceptible de valoración económica[97]. Tales características coinciden con

---

[90] Lasarte, *ob. cit.*, p. 7.

[91] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 32; Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 51, la prestación es el comportamiento al que se ha obligado el deudor. Que constituye a su vez el derecho del acreedor.

[92] Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 134.

[93] Véase *infra* tema 5.1.1; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 613, el objeto de la obligación puede ser un hecho positivo o un hecho negativo, es decir, una abstención.

[94] TSJ/SCC, Sent. Nº 99312 del 30-3-00, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/300300-RC99312-081.htm (se cita a Maduro Luyando). Véase también: Bueres, Alberto J.: *Objeto del negocio jurídico.* Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1986, p. 41, el objeto de las obligaciones está constituido por las "*prestaciones*".

[95] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 613.

[96] Bueres, *ob. cit.*, p. 151.

[97] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 52-56; Larenz, *ob. cit.*, p. 20; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 87-92, Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 50-52; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 40 y 41; López López y otros, *ob. cit.*, pp. 73-86; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 21-33: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 68-72; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp, 70 y 74.

las del objeto del contrato según el artículo 1.155 del CC[98]. Por ello se señala que la norma debería referirse al "*objeto de las obligaciones que nacen del contrato*"[99]. Pues se afirma que el objeto del contrato es la prestación que presenta los citados caracteres. Algunos agregan el interés predicable también respecto de la prestación, que según vimos puede ser patrimonial o moral, pero en este último caso susceptible de reducirse a una apreciación pecuniaria[100]. A lo anterior, Moisset adiciona acertadamente, la *utilidad,* en el sentido de que la prestación debe brindar algún provecho al acreedor porque de ser enteramente insignificante no existiría un interés digno de ser protegido por la justicia[101]. Así pues, se precisa un mínimo de interés, utilidad o satisfacción por parte del acreedor, por sutil que parezca, pues la ociosidad o inutilidad del titular del derecho no caracteriza la relación obligatoria. Como la obligación implica una limitación de la actividad del deudor, ella debe ser justificada por una razón plausible e idónea según los conceptos determinantes en el ordenamiento jurídico respectivo[102].

La **posibilidad** es requisito esencial y necesario de la prestación. Nadie puede obligarse a una prestación imposible. Se distingue la *imposibilidad natural* o material o física de la *imposibilidad jurídica*, según deriven de causas naturales (bajar la luna o las estrellas) o de derecho (vender un bien fuera del comercio)[103]. Se distingue también la *imposibilidad absoluta u objetiva* y la *imposibilidad relativa o subjetiva*, según que la prestación sea imposible para todos los sujetos o sólo sea imposible para el deudor pero la prestación es realizable por otras personas[104] (hacer un avión), en el último caso, se soluciona considerándose que la obligación nace traduciéndose en un deber de indemnizar[105]. La imposibilidad puede ser *total* o *parcial* según que la prestación sea completamente irrealizable o exista posibilidad de realización parcial; y también la imposibilidad puede ser *originaria o sobrevenida* según tenga lugar en el momento de constituirse la obligación o *a posteriori*, en el primer caso la obligación no llega a nacer por falta de objeto, mientras que en el segundo la obligación podría transformarse en un deber

---

98 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 52, a la que se acude analógicamente.

99 Lagrange, *Apuntes...*

100 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 32.

101 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 90 y 91.

102 Sequera, *ob. cit.*, p. 73.

103 Véase *infra* 20.6.

104 Véase: Ghersi, *ob. cit.*, pp. 77 y 78, la factibilidad de la conducta puede relacionarse al acaecimiento del hecho y a la posibilidad jurídica; en la primera se trata de evitar situaciones que violenten la ley de la naturaleza. Se subdivide en absoluta o relativa según afecten a todos a sólo algunos sujetos, respectivamente. La no factibilidad jurídica supone que es irrealizable con base a los principios de Derecho vigente (someter un inmueble a prenda). Que no debe confundirse con la ilicitud en que la prestación puede realizarse pero es reprobado por el Derecho (hurto, lesión).

105 Véase en sentido contrario: Albaladejo, *ob. cit.*, p. 22, para el deudor es tan imposible hacer lo imposible en sí como lo imposible para él y no tendría sentido que en tal caso está obligado a hacer lo que era imposible para él, y que después su débito se convierte en responsabilidad.

de indemnizar daños y perjuicios si ha mediado culpa del deudor, o se extingue si acontece sin culpa en razón de una causa extraña no imputable[106].

Se precisa también la **licitud** de la prestación. Es ilícita la prestación contraria a la ley, al orden público, las buenas costumbres o la moral. Idea que se presenta de mayor amplitud que la imposibilidad jurídica. Se admite que la prestación puede ser ilícita en sí misma (cometer un delito), otras por serlo la prestación (promesa de dar una suma de dinero por realizar un acto ilícito) y hasta puede ocurrir que siendo lícitas la prestación y la contraprestación consideradas en sí mismas, resulten ilícitas consideradas en relación la una con la otra (pagar una suma de dinero a un Juez para que resuelva conforme a derecho o dentro del lapso legal)[107].

La prestación debe ser **determinada** o al menos "**determinable**". "La absoluta indeterminación es incompatible con la *necessitas* que es de esencia en la obligación, lo contrario autorizaría al acreedor a exigir lo que quisiera, a la vez que permitiría al deudor realizar la prestación que tuviere por conveniente."[108] Sin embargo, se admite que puede no estar determinada *ab initio* pero puede llegar a estarlo con base a ciertos criterios variados inicialmente establecidos (tales como el precio de mercado, la determinación por un tercero[109]). El precio de mercado o las "tarifas habituales" entran en juego implícitamente por las partes[110]. "En el caso que la prestación determinable no llegue a ser determinada la obligación será nula"[111]. Se citan como casos de obligaciones determinables los artículos 1479[112], 1294[113] y 1633[114] del Código Civil.

En cuanto al **carácter patrimonial de la prestación**[115], se discute si la prestación debe tener valor patrimonial o no tenerlo, esto es, basta con un

[106] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 34.

[107] *Ibid.*, p. 35; Lagrange, *Apuntes...;* Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 54, se suele confundir la prestación lícita con la jurídicamente imposible, pues en ocasiones la distinción no es clara.

[108] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 35.

[109] Véase: Roca Juan: *Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria (Notas sobre la determinación al arbitrio de tercero)*. pp. 435-464, www.digitum.um.es

[110] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 55.

[111] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 36.

[112] *"El precio de la venta debe determinarse y especificarse por las partes. Sin embargo, el precio puede quedar sometido al arbitrio de un tercero nombrado por las partes en el acto de la venta. También puede estipularse que la elección del tercero se haga con posterioridad por las partes, de común acuerdo, con tal de que quede estipulado en la convención el modo de nombrar el tercero a falta de acuerdo entre las partes. Si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula. También puede convenirse en que el precio se fije con referencia al corriente en un mercado y en un día determinado".*

[113] *"Si la deuda es de una cosa determinada únicamente en su especie, el deudor, para libertarse de la obligación, no está obligado a dar una de la mejor calidad ni puede dar una de la peor".*

[114] *"Si se ha convenido en dar a un tercero la facultad de fijar el precio, y muere éste antes de procederse a la ejecución de la obra, es nulo el contrato; si muere después de haberse procedido a ejecutar la obra, debe fijarse el precio por los peritos".*

[115] Véase aludiendo a patrimonialidad o pecuniariedad: Silva Sánchez, *ob. cit.*, pp. 100-112.

simple interés. La teoría tradicional defendida por Savigny exigía la patrimonialidad como requisito de la prestación; que ésta fuese valorable en dinero. Teoría que sobre la base de fuentes romanas fue sometida a revisión por Ihering y Windscheid, quienes niegan que la patrimonialidad sea un requisito esencial de la prestación. En una teoría intermedia Scialoja denuncia que se ha confundido la patrimonialidad de la prestación con la patrimonialidad del interés del acreedor. A decir de Lete si bien hay normas que parecen apoyar la tesis de que el interés del acreedor no tiene que ser patrimonial ello no quiere decir que la prestación no deba de ser de algún modo susceptible de ser valorada económicamente[116] pues si la conducta del deudor fuera incoercible y no existiera posibilidad de ser valorada económicamente faltaría la juridicidad, no se trataría de una obligación en sentido técnico[117].

De allí que acertadamente se afirme: "el interés del acreedor puede no ser económico sino simplemente moral, afectivo, artístico, etc., es suficiente que se trate de un interés serio y digno de protección jurídica: también es admisible que la prestación no sea patrimonial, basta con que sea susceptible de valoración económica en caso de incumplimiento"[118]. El interés del acreedor puede ser o no patrimonial pero en cualquier caso debe ser susceptible de una valoración económica, a fin de poder reparar daños a través de una suma de dinero en caso de incumplimiento[119]. Por lo que la patrimonialidad de la prestación probablemente se ha convertido en un mito que conviene simplificar[120]. Así, la larga discusión doctrinal acerca de la patrimonialidad de la obligación queda clarificada mediante la distinción entre obligación, prestación e interés del acreedor. La obligación es el vehículo idóneo para la realización de intereses económicos; la prestación debe ser susceptible de valoración económica; en cambio, el interés del acreedor basta que sea digno de tutela jurídica[121]. Por lo que más que medida pecuniaria de la prestación, lo que hace falta es la medida pecuniaria de la *responsabilidad*[122].

---

[116] Véase: J.R.G., T. 163, TSJ/SCC, Sent. 30-3-00, pp. 584-588, el valor del objeto del contrato es susceptible de valoración económica ya sea considerado como una cosa, una prestación, una obligación o la operación jurídica considerada por los contratantes; Juzgado Noveno de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Losada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 29-10-07, Exp. 1.749 -07, http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/OCTUBRE/499-29-1.749-07-145.HTML las definiciones más modernas destacan no sólo el carácter coactivo, sino también la circunstancia de que la prestación debe ser susceptible de valorarse económicamente. En el mismo sentido: Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 12-5-08, AP31-V-2008-000268 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/MAYO/2171-12-AP31-V-2008-000268-.HTML.

[117] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 37.

[118] *Ibid.*, p. 38. Véase también: Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 56; Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 71.

[119] Silva Sánchez, Antonio: *La prestación de la obligación y la protección de intereses no patrimoniales en el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*, p. 413, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831663.pdf.

[120] Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 73.

[121] López López y otros, *ob. cit.*, p. 48.

[122] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 31.

En este punto se suele distinguir entre prestación *positiva* y prestación *negativa*, lo que da origen a su vez a la obligación positiva y a la obligación negativa. La primera responde a la realización de una conducta que puede consistir en un "dar" o en un "hacer". La prestación negativa, por su parte, supone una abstención que puede traducirse en un no hacer, en un tolerar o en un no dar[123].

4.3. *Vínculo*

4.3.1. *Noción*

El vínculo es el lazo de derecho que une a acreedor y deudor. "El vínculo es el nexo que liga una persona a la otra"[124]. Para algunos constituye el elemento más nuclear de la obligación que condensa su esencia y expresa su naturaleza desde el punto de vista jurídico[125]. Se discute la naturaleza personal o patrimonial del vínculo[126], dando lugar a la teoría personal (subjetiva) y la teoría patrimonial (objetiva), la primera tuvo aplicación en un período primitivo del Derecho Romano (semejante a la que se establece entre el propietario y la cosa) por oposición a la teoría patrimonial que ve en su esencia la unión entre el patrimonio del acreedor con el patrimonio del deudor excluyendo el elemento personal, lo cual peca de exagerado[127]. Posteriormente, mediante una apreciación más meticulosa del vínculo se concluye que está integrado por dos elementos: el **DÉBITO Y LA RESPONSABILIDAD**[128].

El débito está referido a la prestación personal que ha de ejecutar el deudor (elemento subjetivo) y la responsabilidad recae sobre el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento (elemento objetivo). Para garantizar el "débito" existe como consecuencia la "responsabilidad"[129]. El débito se refiere a la persona del deudor; la responsabilidad a su patrimonio[130]. Deuda y responsabilidad[131], como elementos de la obligación, no deben confundirse como fases sucesivas de la relación obligatoria. Se es responsable desde que se debe y en la medida que se debe. La responsabilidad del deudor se manifiesta, aunque sea de manera indirecta, relativa o potencial, desde el

---

123 Véase *infra* 5.1.1: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 43-123; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 58-61.

124 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 16.

125 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 48.

126 Véase: Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 61-67.

127 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 13.

128 Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, p. 17, el débito es la deuda o deber de prestación frente al que existe el derecho de crédito; la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento o incumplimiento parcial o defectuoso, frente a la que existe el poder del acreedor de dirigirse contra el patrimonio de aquél. No se trata de un vínculo que someta a la propia persona del deudor sino que concede una acción que se hará efectiva sobre su patrimonio en caso de incumplimiento; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 22-26; Sequera, *ob. cit.*, pp. 74-76.

129 Véase adjudicándole el mérito a Brinz: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 14; Lete del Río, *ob. cit.*, p. 26; Lasarte, *ob. cit.*, p. 9; Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 20.

130 Sequera, *ob. cit.*, p. 75.

131 Véase: Larenz, *ob. cit.*, pp. 31-37.

nacimiento de la obligación[132]. La responsabilidad está latente inclusive en caso de cumplimiento efectivo.

4.3.2. *¿Excepciones?*

La doctrina cita pretendidos casos de excepciones a uno de los citados elementos del vínculo, a saber, del débito o de la responsabilidad.

–*Débito sin responsabilidad:* que serían las obligaciones naturales, las obligaciones prescritas, las derivadas de juego y azar y se agrega las "limitaciones convencionales a la responsabilidad".

–*Responsabilidad sin débito*: de lo que serían ejemplos las obligaciones de garantía como la del fiador, o cauciones reales como prenda o hipoteca.

–*Responsabilidad menor que el débito (débito con responsabilidad limitada)*: siendo presunto ejemplo, la aceptación de la herencia a beneficio de inventario o los bienes del patrimonio del deudor que sean inembargables.

–*Casos en que la responsabilidad supera el monto del débito,* a saber, las obligaciones solidarias pasivas, cuando el acreedor exige a uno de los acreedores el importe total de la deuda[133].

No obstante, Zambrano Velasco y Lagrange[134], entre otros[135], acertadamente indican que tales supuestos no constituyen verdaderos ejemplos de una pretendida disgregación entre débito y la responsabilidad, porque las obligaciones naturales no son verdaderas obligaciones, el fiador es un deudor subsidiario y la herencia aceptada a beneficio de inventario no excluye la responsabilidad, sino que la limita hasta concurrencia del activo.

Por ello, concluye con razón la doctrina que "si bien la distinción entre débito y responsabilidad puede ayudar a aclarar la noción y evolución histórica de la obligación, no presenta gran interés práctico" porque ambos conceptos son dos aspectos de un mismo fenómeno[136]. De hecho, se admite que la distinción entre deuda y responsabilidad se considera únicamente por razones didácticas[137].

Toda obligación comprende entonces "deuda" y "responsabilidad". "Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas. La responsabilidad sólo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido

---

132 López López y otros, *ob. cit.*, p. 57.

133 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 30-31; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 58 y 59; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 14 y 15; Sequera, *ob. cit.*, p. 75.

134 Véase Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 121-124.

135 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, pp. 27 y 28; Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, pp. 17-19; Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 24-26.

136 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 59; Sequera, *ob. cit.*, p. 76; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 15.

137 Bueres, *ob. cit.*, p. 32.

algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico constituye bajo una y otra forma un caso de responsabilidad”[138].

El deudor está sujeto u obligado a cumplir con la prestación debida; estaría desprovista de toda trascendencia, una obligación a cuyo cumplimiento pudiera sustraerse el deudor[139]. Ante el deber jurídico del deudor emanado de la relación obligatoria, la consecuencia inmanente y necesaria en caso de incumplimiento es su responsabilidad patrimonial, sus bienes serán la garantía para los acreedores. Ello se desprende del artículo 1.863 del CC: “*El obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber*”. Aclara la doctrina que la expresión “personalmente” no debe entenderse como la superada idea de que responde con su persona sino que alude a la cualidad de sujeto pasivo. La responsabilidad patrimonial universal del deudor la ratifica igualmente el artículo 1864 *eiusdem*[140].

Aluden algunos más precisamente a la deuda y al crédito, descompuesto en las dos caras pasiva y activa, respectivamente. La deuda supone el deber de realizar una conducta[141]. El crédito es el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la conducta que constituye el objeto de la obligación. Si el deudor incumple forma parte del derecho del acreedor la posibilidad de desencadenar los diversos mecanismos previstos por el ordenamiento en caso de incumplimiento, que supone la agresión contra el patrimonio del deudor[142].

5. Diferencia con el derecho real[143]

A propósito de la diferencia entre derecho real y derecho de crédito, si bien no ha faltado quien aboga por la unificación de ambas categorías de derechos[144], ciertamente se plantean notables diferencias entre el derecho real y el derecho de crédito. El derecho real se ejerce sobre una cosa, el derecho

---

138 Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 120. Véase igualmente: Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 25.

139 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 6.

140 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 60.

141 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 48.

142 *Ibid.*, pp. 50 y 51.

143 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 33-36; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 8-17; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 64-67; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 12-15; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 69-79; Sequera, *ob. cit.*, pp. 90-94; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 3 y 4; Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*., pp. 18-25; Parra Pérez, Rafael: *Derecho reales y de crédito. Bases históricas de la dogmática contemporánea.* En: *Studia Iuris Civilis.* Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje Nº 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 479-532; Aguilar Gorrondona, *ob. cit.*, pp. 100 y 101; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 18-36; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 7 y 8; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 17-19; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 16-19; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 15 y 16, 20-25; Noailles, Valiente: *Obligaciones reales.* Buenos Aires, Depalma, 1961, pp. 14-16; Boggiano, Humberto: *El ámbito de las obligaciones. Fronteras, conflictos de límites y conexiones entre los derechos reales y los derechos personales o de crédito*, pp. 221-237, http://documentos.aeu.org.uy/030/034-5-221-237.pdf .

144 Noailles, *ob. cit.*, p. 16-20.

personal tiende a la conducta del deudor[145]. Se afirma que el derecho real supone la relación de una persona sobre una cosa y confiere una protección ante todos los miembros de la comunidad[146]. Se afirma que las diferencias fundamentales que obligan a distinguir las dos clases de derechos patrimoniales no llegan a levantar entre ellas una barrera infranqueable[147]. Pero al margen de las distinciones teóricas, incluso por sus consecuencias prácticas, parece prudente la subsistencia de la distinción entre derechos reales y derechos de obligación.

"Cuando se dice que la obligación es un derecho personal, el adjetivo "personal" se emplea no como contrapuesto a patrimonial sino en el sentido de que la obligación y el derecho correspondiente corresponde a una persona determinada frente a otra"[148]. El Derecho de Obligaciones es susceptible de valoración en dinero pero corresponde a una persona que lo hace valer frente a otra persona. Beltrán de Heredia y Onis señala refiriendo un buen criterio de De Castro que pone su atención en que los derechos reales están en el patrimonio del titular; mientras que el derecho de crédito no se encuentra en el patrimonio del titular porque simplemente recae y depende de la conducta del deudor[149]. La finalidad de los derechos reales es amparar la apropiación de la riqueza[150]

Se distingue[151] (derecho real y derecho de obligación) básicamente en cuanto a los *sujetos, al objeto, al contenido, a la adquisición, a la duración, a la posibilidad de conflictos con otros derechos, a la posibilidad de su extinción por acto unilateral del sujeto activo, en cuanto a su número.*

En cuanto a los *sujetos*, la relación jurídica obligatoria supone sujetos determinados (acreedor y deudor) en tanto que el derecho real supone un sujeto activo determinado y un sujeto pasivo indeterminado en una suerte de sujeto pasivo universal, conformado por todos aquellos miembros de la colectividad que deben abstenerse de interferir en el derecho del titular[152].

En cuanto al *objeto*, el derecho real siempre tiene por objeto una cosa en tanto que el derecho de obligación tiene por objeto la prestación, un

---

145 Véase: Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 23, el derecho real recae sobre una cosa y el Derecho de Obligaciones sobre una actividad o conducta, esto es, una prestación del deudor. La noción de derecho está íntimamente ligada objetivamente a la noción de cosa. Mientras que el soporte objetivo de una relación obligatoria no es necesariamente una cosa sino una conducta.

146 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 9, supone una obligación pasiva universal. Todos los miembros de la sociedad están obligados a respetar mi facultad de disfrutar la cosa.

147 Boggiano, *ob. cit.*, p. 223.

148 Lagrange, *Apuntes...*

149 Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 18.

150 Boggiano, *ob. cit.*, p. 228.

151 Lagrange, *Apuntes...*

152 Véase: Aguilar Gorrondona, *ob. cit.*, pp. 98 y 99, correlativo al señorío o poder directo existe un deber general negativo de las demás personas de abstenerse de impedir tal señorío. Existe un sujeto pasivo universal, sin perjuicio de que se individualice en algunos supuestos.

comportamiento positivo o negativo del deudor, nunca una cosa, aunque tenga por objeto la transmisión de la propiedad de ésta[153].

En cuanto al *contenido,* el del derecho de crédito es un poder jurídico o conjunto de poderes jurídicos del acreedor frente al deudor, del cual nace la posibilidad de ejecución patrimonial. En tanto que el contenido del derecho real supone un poder o poderes que no se ejercen frente a una determinada persona sino que recaen sobre una cosa, lo que no requiere la colaboración de un sujeto obligado.

En cuanto a su *adquisición,* no existe en Venezuela mayores diferencias entre el derecho real y el de crédito en su adquisición mediante contrato a tenor del artículo 1161 CC. Aunque ciertos derechos reales tienen modos especiales de adquisición como la ocupación, la accesión y la usucapión o prescripción[154]. Moisset refiere que el tiempo actúa de dos formas distintas sobre la vida de los derechos, permitiendo la adquisición de los derechos reales y produciendo la extinción de las obligaciones[155].

En cuanto a su *duración,* el vínculo obligatorio es por naturaleza "transitorio" pues se opone a la idea de perpetuidad, mientras que el derecho real por antonomasia, a saber, la propiedad es un derecho perpetuo[156], aunque no así todos los derechos reales, algunos de los cuales son esencialmente temporales[157]. Indica Beltrán "en los derechos reales existe un interés estable, de duración: son formas jurídicas que exigen, por tanto, una protección más intensa y pueden definirse como <<formas de organización de relaciones sociales duraderas>>. El Derecho de Obligación, en cambio, supone un

---

[153] Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. I, p. 25, el objeto en el derecho real es una cosa, en tanto que en el derecho de crédito el objeto es la prestación, un comportamiento positivo o negativo que debe cumplir el deudor; Sequera, *ob. cit.,* p. 91; Aguilar Gorrondona, *ob. cit.,* p. 100; Juzgado Noveno de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Losada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 29-10-07, Exp. 1.749 -07, http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/OCTUBRE/499-29-1.749-07-145.HTML "El derecho real confiere a su titular la protección del ordenamiento jurídico ante todos los miembros de la comunidad, quienes están obligados a respetar al titular del derecho real en el ejercicio de su derecho. La comunidad tiene una obligación pasiva universal de respetar ese derecho real y por ello el titular del mismo puede oponerlo a todos los miembros de esa comunidad. En el mismo sentido: Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 12-5-08, AP31-V-2008-000268 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/MAYO/2171-12-AP31-V-2008-000268-.HTML.

[154] Lagrange, *Apuntes...*; Aguilar Gorrondona, *ob. cit.,* p. 101, ningún derecho de crédito se adquiere por ocupación ni por usucapión mientras que la propiedad (pero no los demás derechos reales), puede adquirirse por ocupación y que la usucapión es modo de adquirir derechos reales (aunque no todos ellos).

[155] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. I, p. 30.

[156] Sequera, *ob. cit.,* p. 94, el derecho real tiene duración indefinida, en tanto que el derecho de crédito es transitorio pues las obligaciones "nacen para morir".

[157] Véase: Aguilar Gorrondona, *ob. cit.,* p. 101, la perpetuidad característica del derecho de propiedad, no lo es de todos los derechos reales, algunos de los cuales incluso son esencialmente temporales; Boggiano, *ob. cit.,* p. 229, si parece natural que en principio el derecho real debería ser perpetuo, la verdad es que puede ser temporal y lo es muchas veces (usufructo, etc.), sin quedar desnaturalizado por ello.

desplazamiento del interés; se trata de un <<interés en cambio o de transformación>>. Dando lugar a la contrapartida entre el tener y el deber tener[158].

En cuanto a la *posibilidad de conflictos con otros derechos*, en materia de obligaciones rige el artículo 1864 CC: "*Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual, si no hay causas legítimas de preferencia. Las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas*". Mientras que en materia de derechos reales si se trata de bienes sometidos a publicidad registral prevalece el derecho real de fecha anterior (CC, art. 1924) y en cuanto a bienes muebles la posesión hace presumir el título (CC, art. 1162)[159]. Moisset alude a que el derecho real concede preferencia a su titular en cambio los derechos de crédito a excepción de los privilegiados no ofrecen preferencia alguna. Pues todos los acreedores frente al patrimonio del deudor se encuentran en un plano de igualdad[160].

En cuanto a la *posibilidad de extinción por acto unilateral*, ello está descartado en el derecho de crédito como es natural, más el derecho real puede ser perfectamente objeto de renuncia.

En cuanto a su *número* las obligaciones son infinitas mientras que existe la tesis de que los derechos reales existen en *numerus clausus*, son los que la ley taxativamente consagre[161]. Aun cuando este último criterio no es aceptado pacíficamente[162], al menos en teoría.

Moisset agrega la *mediatez* del derecho de obligación pues hace falta la interposición de otro sujeto en la relación obligatoria, el deudor, que sirve de intermediario entre el sujeto activo y las cosas. En tanto que la inmediatez es un rasgo característico del derecho real pues el titular está colocado frente a la cosa y su vínculo con ésta no se da a través de otro[163]. Posición que sin embargo pierde un poco de vista que las relaciones, incluyendo

---

[158] Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 19.

[159] "*Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por naturaleza, o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá la persona que primero haya tomado posesión efectiva con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha*". Véase: Dominici, *ob. cit.*, p. 581, refiere que la posesión no equivale a título sino que solo concede un derecho de preferencia.

[160] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 28.

[161] Lagrange*, Apuntes*...

[162] Véase: Aguilar Gorrondona, *ob. cit.*, pp. 94-96, reseña la tesis a favor del "*numerus apertus*" que se fundamenta en la autonomía de la voluntad y que no existe en el ordenamiento jurídico dispositivos técnicos que impidan crear nuevos derechos reales. Y la tesis del "*numerus clausus*" que apunta a elementos históricos que datan del Derecho romano y la consideración que no rige la autonomía de la voluntad, se agrega que nuestro ordenamiento no prevé un registro en tal sentido en materia de inmuebles. El autor concluye "sin que pueda tenerse certeza absoluta al respecto, parece preferible adherir a la tesis de que el Derecho venezolano acoge el sistema de "*numerus clausus*".

[163] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 23. Véase también: Sue Espinoza, *ob. cit.*, p. 73; Sequera, *ob. cit.*, p. 91, los derechos reales confieren un poder inmediato de disponer de la cosa (*jus in re*), en tanto que los derechos de obligación confieren un derecho contra una persona a ejercitar una prestación (*jus ad rem*). Véase también: Parra Pérez, *ob. cit.*, p. 524.

para algunos las reales, se dan estrictamente entre personas[164]. Agrega el autor en forma interesante que a todo derecho real vulnerado surge una obligación de restituir o de reparar[165].

En cuanto a su *oponibilidad*, el derecho real es absoluto o *erga omnes*, se hace valer frente a todos, en tanto que el derecho de obligación es relativo, pues no alcanza a los terceros[166].

Aguilar agrega que la *protección registral* solo alcanza los derechos reales –aunque no todos como los muebles[167]– mientras que los derechos de crédito, en principio, no gozan de ella[168]. Ello a tono, con el carácter "relativo" de la relación obligatoria, que no es oponible a "terceros" y de allí la inoperancia –en principio– de registro en la materia.

---

[164] Sequera, *ob. cit.*, p. 92, pues la teoría moderna sostiene que los derechos reales se dan entre personas, existiendo una suerte de sujeto pasivo universal.

[165] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 31.

[166] Sequera, *ob. cit.*, p. 93; Parra Pérez, *ob. cit.*, p. 531; Aguilar Gorrondona, *ob. cit.*, p. 100.

[167] Aunque alguna categoría de bienes muebles si están sometidas a registro, como el vehículo automotor. Véase *infra* tema 26.3.

[168] Aguilar Gorrondona, *ob. cit.*, p. 101, Aunque ciertos efectos meramente obligatorios gozan de protección registral.

TEMA 3
Fuentes de las Obligaciones[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Clasificación 3. Código Civil venezolano 4. Crítica*

1. Noción

Con la frase "fuentes de las obligaciones" se hace referencia al nacimiento de las obligaciones, y más concretamente a las causas o supuestos que originan una relación obligatoria[2]. La noción de "obligación" es una al margen de la fuente. Ésta alude a todos aquellos actos o hechos que jurídicamente son susceptibles de producir obligaciones[3].

Algunos se referían a su carácter "taxativo"[4] aunque ello modernamente ha perdido importancia debido al incremento que ha adquirido la ley como fuente autónoma. Pues "en realidad, la fuente última y mediata de las obligaciones es la ley"[5]. Fuentes es aquello que da origen a las relaciones obligatorias. No existe obligación sin causa[6]. Se precisa que la relación obligatoria provenga de una "fuente", prevista como tal en el Derecho positivo, pues sin esta tipicidad la obligación podría ser "natural" pero no "civil"[7]. Las fuentes deben tener un origen legítimo[8].

2. Clasificación[9]

La doctrina –infecundamente en gran parte– ha meditado mucho sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones[10]. Se dan diversas

---

[1] Véase: Galindo Garfías, Ignacio: *Las fuentes de las obligaciones*, pp. 7-21, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/399/2.pdf ; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 37-52; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 29-39; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 18-31; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 251 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 61-67; Sequera, *ob. cit.*, pp. 165-224; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 16-90; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 16; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 13-18; Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, pp. 75-131; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, pp. 241 y ss.; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 28-32; Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, pp. 21-24; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 15-24; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, pp. 41-49; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 281-297; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 31-42; López López y otros, *ob. cit.*, pp. 53-56; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 93-99; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 55-65; Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 65-101; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 767-775.

[2] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 92; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 281, son hechos que tienen como efecto el nacimiento de éstas; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 55.

[3] Véase: Galindo Garfías, *ob. cit.*, p. 7, hechos o actos jurídicos que se constituyen en creadores de obligaciones.

[4] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 18 "el estudio de las fuentes de las obligaciones es de fundamental importancia, ya que estas fuentes son taxativas. Una persona puede quedar obligada sólo cuando ocurren los supuestos de hecho previstos en el ordenamiento jurídico".

[5] López López y otros, *ob. cit.*, p. 54.

[6] Ghersi, *ob. cit.*, p. 41.

[7] http://*www.derecho.inter.edu/inter/sites/.../Lecturas_Obligaciones.pdf*.

[8] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 23.

[9] Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 31-42; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 38-47.

[10] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 283.

clasificaciones relativas a las fuentes de las obligaciones. Vale referir brevemente las más relevantes.

2.1. *Clásicas*

2.1.1. *Romana*[11]: Se dice que el derecho romano clásico sólo distinguía dos fuentes: el delito y el contrato. Textos posteriores tratan de abarcar una serie de obligaciones heterogéneas no catalogables en ninguna de aquellas categorías dando lugar a dos extrañas figuras que guardan semejanza con las previas: cuasicontrato y cuasidelito[12]. Se pretende distinguir así las categorías de contrato, delito (dolo), cuasicontrato (pago de lo indebido y gestión de negocios)[13] y cuasidelito (culpa: falta el elemento intencional)[14].

Sin embargo, se discute si la verdadera clasificación romana de Gayo fue la bipartita[15], toda vez que se afirma que la referencia a "cuasicontrato" tiene su origen en un error histórico[16]. Modernamente la expresión "cuasicontratos" (enriquecimiento sin causa, pago de lo indebido y gestión de negocios) es objeto de severas críticas, por considerarse sin contenido y porque contiene hechos voluntarios y porque a todo evento la fuente viene impuesta por la ley. Por lo que ha sido considerada una categoría inútil[17] y desfasada que sólo se justifica como reminiscencia histórica[18]. Se afirma así que el cuasicontrato no es una categoría unitaria, no siendo un tipo de fuente de las obligaciones, al punto de que no es posible dar una noción de la figura[19].

---

[11] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 39-41.

[12] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 93.

[13] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 247, en la actualidad los cuasicontratos han perdido importancia y significación como fuente autónoma de las obligaciones porque en definitiva quedan englobadas en una categoría más amplia: el enriquecimiento sin causa.

[14] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 19; Martínez R. de C., Luz María y otros, *ob. cit.*, pp. 324-342, http://*www.publicaciones.urbe.edu* ›.

[15] Indicaba Lagrange (*Apuntes*...) que se discute si la clasificación de Gayo sobre las fuentes de las obligaciones es bipartita, tripartita o cuatripartita. Al parecer en su Manual de Institutas alude a contrato y delito; en el Digesto de Justiniano se vio una clasificación tripartita y cuatripartita (contrato, delito, cuasicontrato y cuasidelito). Se dice que la verdadera clasificación de Gayo es la bipartita. Refería Lagrange que es posible que el fragmento de la obra de Gayo incluida en el Digesto y en el cual se presenta la clasificación tripartita represente lo que Gayo hubiera agregado a las fuentes de contratos y delitos, las obligaciones resultantes del Derecho pretoriano, tratando de integrar el texto original con una referencia a las obligaciones varias derivadas del Derecho pretoriano aun cuando no estén establecidas en la ley. Con lo cual esa clasificación habría tratado de decir, conforme a la ley las fuentes de las obligaciones son el contrato y el delito, pero téngase en cuenta también que según el derecho creado por los pretores es posible que unas de esas fuentes se agreguen otras varias figuras. Y en cuanto a la clasificación cuatripartita, los romanistas actuales están de acuerdo en que se trata sólo de una interpolación, es decir, de un añadido o desfiguración hecha por los juristas bizantinos en tiempos de Justiniano con la finalidad de poner de acuerdo la clasificación de las fuentes.

[16] Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 894 y 895; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 236 y 237.

[17] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 287.

[18] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 41.

[19] Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 893 y 894, habiéndose estimado que algunos hechos generadores de Obligaciones guardan –salvo no consistir en un acuerdo de voluntades– cierta semejanza (tanto en sí como a las obligaciones a que daban lugar) con determinados contratos, se refirió que tales obligaciones nacían *quasi ex contractu* (como un contrato). Mas después, alterando el orden de las palabras esta

2.1.2. *Pothier*: Agrega a las anteriores "la ley". Existen obligaciones que tiene como única causa la ley[20]. En efecto, afirma el autor que "la ley natural es causa por lo menos mediata de todas las obligaciones, pues si los contratos, delitos y cuasidelitos producen obligaciones, es porque a priori la ley natural ordena que cada uno cumpla lo que prometa y repare el daño causado por su falta. Hay obligaciones que tiene por sola y única causa inmediata la ley"[21]. De allí que la opinión tradicional acepta que en el Derecho francés existen cinco fuentes de las obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley[22]. La ley no definía el cuasidelito[23] en tanto que el cuasidelito supone según la doctrina un hecho ilícito sin intención que causa un daño a otro[24].

2.1.3. *Código Napoleón*: sigue básicamente la clasificación de Pothier[25]. Se alude así a la "consagración" por el Código Civil francés de la teoría de Pothier sobre las fuentes de las obligaciones[26].

Entre las críticas a las clasificaciones clásicas se incluyen que se les tilda de incorrectas, inútiles e incompletas. Y según indicamos se cree que la categoría de cuasicontrato responde a un error histórico[27]. La clasificación tradicional es criticable especialmente por la idea de cuasicontrato[28].

2.2. *Modernas*[29]

2.2.1. *Bipartitas o dualistas*: reducen las fuentes al contrato y la ley. Algunos aluden al *acto jurídico* y al *hecho jurídico*[30], pudiendo ser el primero bilateral (contrato) o unilateral (testamento). En tanto el hecho jurídico constituye un hecho de la naturaleza que produce efectos jurídicos (muerte o nacimiento)[31]. Y así se afirma que desde un punto de vista estrictamente

---

expresión se sustantivó hablándose de obligaciones que nacían *exquasi contractu.* Lo que llevó luego a considerar no que habían obligaciones nacidas COMO de un contrato sino obligaciones nacidas de un *comocontrato o cuasicontrato;* Rodríguez Ennes, Luis: *En torno al Derecho romano de Obligaciones*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Nº 5, 2001, p. 7, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2117/1/AD-5-29.pdf en las instituciones justineaneas se alude a las obligaciones que nacen *quasi ex contractu*, y las obligaciones que surgen *cuasi ex delicto*, pero no se habla todavía del cuasicontrato y del cuasidelito. Aunque el primero en emplear tales términos que hicieron fortuna por un milenio fue Teófilo, debe reconocerse que se trata de una clasificación con valor relativo y artificial.

20 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 93; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 61; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 41.

21 Pothier, *ob. cit.*, p. 71.

22 Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 767.

23 *Ibid.*, p. 770.

24 *Ibid.*, p. 772.

25 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 42.

26 Bonnecase, *ob. cit.*, p. 755.

27 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 42-44.

28 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 23.

29 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 44-49.

30 *Ibid.*, p. 44.

31 Domínguez Guillén, María Candelaria: *Diccionario de Derecho Civil.* Caracas, Panapo, 2009, pp. 78 y 79 "Acontecimiento natural o humano del cual se desprenden efectos jurídicos. Algunos distinguen entre

científico hay que concluir que las fuentes pueden agruparse en dos bloques: las que producen el nacimiento de la obligación porque el sujeto quiere (*ex voluntate*) y las que lo producen porque la ley en el sentido de una norma lo dispone (*ex lege*). Aquellas proceden de negocios jurídicos y las últimas de las restantes categorías; las constituidas por los actos en sentido estricto y por los hechos naturales[32].

Buena parte de los autores siguen la clasificación de obligaciones que nacen por la manifestación de voluntad de las partes (contrato) y las que surgen en virtud de la ley, fuente primaria[33], que son todas las demás[34].

2.2.2. *Josserand*: ubica entre las fuentes los actos jurídicos, actos ilícitos, enriquecimiento sin causa y la ley[35].

2.2.3. *Savatier*[36]: la basa en principios: autonomía de la voluntad, equivalencia de patrimonio, responsabilidad por culpa, responsabilidad por riesgo y principio del interés social[37]. Ello pues, se advierte que los intentos de clasificar las fuentes carecen de eficacia práctica pues lo único relevante es saber cuándo la obligación es realmente tal. Toda obligación ya sea contractual, cuasicontractual, delictual y cuasidelictual nace de la ley[38]. Albaladejo indica que la discusión doctrinaria sobre las fuentes es infecunda[39].

2.2.4. *Larenz*: indica que las obligaciones en particular se dividen en aquellas derivadas del tráfico jurídico y aquellas procedentes de daños imputables. Las primeras son primordialmente de carácter contractual. Sin embargo, se encuentran en estrecha conexión con estas determinadas obligaciones de carácter legal, como es el caso de la relación obligatoria derivada de la "gestión de negocios" y los preceptos sobre enriquecimiento injusto[40]. Y agrega, las obligaciones pueden nacer: de los negocios jurídicos, de la conducta social típica (relaciones contractuales de hecho), de hechos

---

el hecho jurídico propiamente dicho y el hecho jurídico voluntario o acto jurídico el cual dependería de la voluntad"; PARRA ARANGUREN y SERRANO, *ob. cit.*, pp. 61 y ss., desde un punto de vista general, *hecho* es todo suceso acaecido en la realidad. Si este suceso puede ser subsumido en el supuesto de hecho de una norma jurídica, y, por ende, se le imputan consecuencias jurídicas, se le denomina *hecho jurídico*. A primera vista, pues, surge una clasificación del hecho jurídico según intervenga, o no, en su *origen*, la voluntad. Es indudable la existencia de hechos cuyo origen no puede ser hallado en la voluntad del hombre... el nacimiento, la muerte, la mutación del cauce de un río, etc. Al lado de éstos, encontramos hechos generadores de las consecuencias jurídicas resultado de la voluntad del hombre: la celebración de un contrato. Los primeros reciben el nombre de *hechos jurídicos sensu stricto*; los segundos son denominados *actos jurídicos."*

32 ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 283.

33 Véase: SEQUERA, *ob. cit.*, p. 168, la primera fuente de las obligaciones es la ley.

34 Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 21.

35 MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 45.

36 *Ibid.*, pp. 46 y 47.

37 Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 21, 22 y 24.

38 BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, p. 63.

39 ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 283.

40 LARENZ, *ob. cit.*, p. 50.

legalmente reglamentados (actos ilícitos y responsabilidad por riesgo) y finalmente por excepción de un acto de soberanía estatal[41].

Por su parte, los códigos modernos presentan una tendencia a superar discusión teórica, desechando las clasificaciones[42], que no constituyen tarea del Legislador. Se ha producido un incremento o expansión de las causas productoras de las obligaciones[43]. Por lo que no es de extrañar que se intenten buscar nuevas clasificaciones[44].

3. Código Civil venezolano[45]

El artículo 1173 del Código Civil italiano prevé "*las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito, o de cualquier otro acto o hecho idóneo para generarlas de conformidad con el ordenamiento jurídico*[46]". En tanto, el artículo 1089 del Código Civil español dispone: "*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia*"[47]. Se indica en el caso español a la "insuficiencia descriptiva" del artículo 1089 del CC pues una norma que pretenda enumerar las fuentes no tendría carácter taxativo[48].

En Colombia, se alude al acto jurídico (contrato y acto unilateral) y al hecho jurídico manifestado en el hecho ilícito y el enriquecimiento sin causa[49].

Por su parte, el Código Civil venezolano no contiene un artículo equivalente al 1173 del CC italiano que prevé de manera genérica que las relaciones obligatorias tienen su origen en cualquier hecho o acto apto para generarlas tales como el contrato o el hecho ilícito. Así como tampoco contiene una norma como el artículo 1089 del CC español. Sino que la referencia enunciativa se encuentra sistematizada en el Código Civil.

El referido Título III "**DE LAS OBLIGACIONES**" cuenta con un CAPÍTULO I "De las fuentes de las obligaciones", comenzando por la principal fuente de las obligaciones en su **Sección I** "De los Contratos", que se subdivide; 1º "Disposiciones preliminares" 2º "De los requisitos de validez de los

---

41 *Ibid.*, p. 55.

42 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 48 y 49, se aprecia tendencia a eliminar la noción de cuasicontrato.

43 Véase sobre éste: Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. I, pp. 145-149.

44 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 93.

45 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 50-52; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 32-39; Domínguez Guillén, *Diccionario...*, pp. 117-119.

46 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 27.

47 Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 281 y 282, indica el autor que la jurisprudencia ha señalado que la enumeración es exhaustiva (sent. 25-4-24 y 25-4-28) y otras que no es exhaustiva pues no depende de lo que se diga (sent. 15-2-66).

48 Véase: Lasarte, *ob. cit.*, p. 17, la norma indica que las obligaciones nacen de la ley, los contratos y cuasicontratos, y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Ello pues indica el autor que no incluye la norma los supuestos de responsabilidad civil objetiva o las obligaciones derivadas del acto testamentario.

49 Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 39.

contratos" (I "De la capacidad de las partes contratantes", II "De los vicios del consentimiento", III "Del objeto de los contratos" y IV "De la causa de los contratos"); 3º "De los efectos de los Contratos"; 4º "De la representación". De seguidas, el Código Civil alude a otras fuentes de las obligaciones además de la fuente por antonomasia, a saber el contrato, en su **Sección II** "De la gestión de negocios". **Sección III** "El pago de lo indebido". **Sección IV** "Del enriquecimiento sin causa". **Sección V** "De los hechos ilícitos".

4. Crítica

No cuenta el Código Civil venezolano con una norma genérica que aluda a las fuentes de las obligaciones, sino que la clasificación se deriva de la división sistemática de la enumeración de tales, que ciertamente ha de considerarse netamente enunciativa[50]. Pues se afirma existen otras en leyes especiales como la ley de transporte terrestre, etc.[51].

La doctrina crítica que el Código Sustantivo enumera como fuentes autónomas de las obligaciones, la gestión de negocios y el pago de lo indebido siendo que son especies del género más amplio del "*enriquecimiento sin causa*"[52]. Para algunos bien pudiera eliminarse del texto de la ley las dos primeras y se llegaría prácticamente a la misma consecuencia, en virtud de la prohibición de enriquecimiento sin causa que es la verdadera fuente de las obligaciones a la par del contrato y del hecho ilícito. Aunque se observa que en tales especies "la ley trae distintas soluciones al desequilibrio patrimonial"[53].

A propósito del hecho ilícito, se discute si la figura del "abuso de derecho" que incluye el artículo 1185 del Código Civil, constituye una fuente autónoma de las obligaciones[54] o más bien una derivación o caso particular del hecho ilícito. Dispone el citado artículo 1185: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*". La jurisprudencia apunta a considerar el abuso del derecho como una figura autónoma y distinta al hecho ilícito propiamente dicho; "con caracteres

---

[50] Véase: Sequera, *ob. cit.*, p. 173, pp. 176-191, el autor no ve óbice para considerarla pues "las fuentes de las obligaciones no están enumeradas por el Código de manera limitativa".

[51] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 32; Lagrange (*Apuntes*...): "El CC venezolano no ha clasificado las fuentes de la obligación sino que a lo largo de las 5 secciones del capítulo titulado de las fuentes de las obligaciones regula determinadas fuentes. No son las únicas, hay otras en sentido amplio que podrían llamarse obligaciones. Por ejemplo las obligaciones tributarias son obligaciones legales. Y dentro del propio CC en materia de derecho privado hay una serie de obligaciones que nacen de supuestos concretos".

[52] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 52; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 67; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 37; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 26.

[53] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 37.

[54] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 52, se crítica la timidez de nuestro legislador al no consagrar como fuente autónoma el abuso de derecho.

propios perfectamente delimitados en su alcance y consecuencias"[55], pues una cosa es actuar sin derecho, en tanto la parte final de la norma requiere "haberse excedido en el derecho". Por lo que se trata de dos situaciones jurídicas distintas[56], según veremos. La mayoría de la doctrina patria adhiere a la categoría de fuente autónoma[57].

Algunos agregan que el Legislador omitió incluir expresamente como fuente la "*declaración unilateral voluntad*"[58], pretendiéndose colocar como ejemplos en el Código Civil venezolano, la oferta pública de recompensa (art. 1139), la oferta a plazo (1137)[59] y la promesa del hecho del tercero (1165)[60]. La oferta pública no constituye un buen ejemplo, pues mal se puede pretender que la obligación se constituye por la mera oferta, sino que la relación obligatoria nace válidamente cuando el destinatario queda determinado mediante la realización de la respectiva prestación. De allí que concluya con acierto la doctrina patria que la declaración unilateral no constituye en principio fuente de las obligaciones, porque la sola voluntad de un sujeto no tiene el poder de crear la relación obligatoria[61]. En España, en general, igualmente se rechaza que la voluntad unilateral *inter vivos* sea fuente de obligaciones[62].

De la promesa no surge una obligación para el promitente, sino sólo en determinadas circunstancias, por lo que la cuestión se encuentra comprendida dentro del tema de la oferta del contrato[63]. Aunque se acota, que su regulación positiva es mínima no teniendo la riqueza normativa de las otras fuentes, aunque pudiera serle aplicable la analogía, aunque cabe huir del paralelismo con la génesis contractual[64].

La teoría de la declaración unilateral de voluntad está sujeta aun hoy, a profundos debates. No se puede decir que en la doctrina hay unanimidad en lo que respecta a su reconocimiento, pues aún se discute si es fuente nueva de obligaciones[65]. Algunos la refieren dentro de las fuentes

---

[55] TSJ/SCC, Sent. 000176 de 20-5-10.

[56] TSJ/SCC, Sent. Nº 122 de 26-4-00; TSJ/SCC, Sent. Nº 0363 de 16-11-01; TSJ/SCC, Sent. Nº 240 del 30-4-02.

[57] Véase *infra* tema 25.2, salvo Pittier que la considera una modalidad de hecho ilícito.

[58] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 52.

[59] Véase: *ibid.*, pp. 50 y 51.

[60] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 66 y 67.

[61] Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 62, indican que "en el Derecho venezolano, dejando de lado la facultad para testar, la declaración unilateral de voluntad no constituye una fuente unilateral de obligaciones"; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 26, la crítica radica en que pueda surgir una obligación por una sola voluntad. Ni siquiera el testamento es un buen ejemplo, pues sus características lo distancian de la Teoría General de las Obligaciones.

[62] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 97, algunos autores la admiten en figuras concretas gozando de apoyo los caso de promesa pública de recompensa y el concurso con precio.

[63] *Ibid.*, p. 99; Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, p. 24.

[64] Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 129.

[65] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 26.

extracontractuales[66], aunque si bien no se pudiere ubicar en la contractual por no mediar voluntad bilateral, entraría en la categoría de "negocio jurídico unilateral".

Básicamente, la crítica radica en sostener que una simple manifestación de voluntad no puede derivar en obligación porque se debe manifestar el deseo de aceptarla o entender una aceptación tácita[67]. De allí que se afirme que la voluntad unilateral no constituye en sí misma causa de la obligación[68], la cual, se conforma necesariamente por una concurrencia de consentimientos[69]. Esto pues, es necesario el concurso del beneficiario para adquirir, porque nadie se enriquece si no quiere[70].

En realidad, el supuesto casi único que se viene admitiendo, de voluntad unilateral como fuente de la obligación es la promesa pública de recompensa[71]. Pero aun en tal caso, se afirma que el promitente no queda obligado por su sola promesa a realizar la prestación ofrecida[72], pues la obligación no nace de la sola promesa[73]. Recién emitida una promesa de recompensa, cuando nadie está aun en aptitud de cumplirla, no existe acreedor alguno y por tal tampoco obligación. Existirá cuando acontezca propiamente un vínculo entre acreedor y deudor[74]. Algunos incluyen los concursos con premio[75].

Se acota sin embargo, que el cumplimiento voluntario de una obligación moral, es quizás el caso más claro de aplicación de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones[76]. La voluntad unilateral sigue siendo una fuente discutida de las obligaciones[77], que por nuestra parte preferimos excluir de las fuentes de las obligaciones dado el carácter de bipolaridad

---

[66] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 297; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, FP02-A-2006-000009, http://bolivar.tsj.gob.ve/**decisiones**/.../1973-11-FP02-A-2006-000009-PJ01820 "tales como: el enriquecimiento sin causa; pago de lo indebido; la gestión de negocios; el abuso de derecho; la manifestación unilateral de la voluntad y el hecho ilícito, que es precisamente el del caso que nos ocupa, consagrado en nuestra legislación civil, en el artículo 1185 del Código Civil".

[67] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 26.

[68] Véase "la voluntad unilateral como fuentes de las obligaciones": Lalaguna Domínguez, *ob. cit.,* 1978, pp. 53-94; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 96-98; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 60-64.

[69] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 44; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 774 y 775, las aplicaciones que pretenden hacerse son muy restringidas.

[70] Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 124,

[71] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 32; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 62.

[72] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 295.

[73] *Ibid.*, p. 296.

[74] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 9.

[75] Lasarte, *ob. cit.*, pp. 23 y 24; López López y otros, *ob. cit.*, p. 55; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 63.

[76] Lalaguna Domínguez, *ob. cit.*, 1978, p. 93.

[77] Sequera, *ob. cit.*, p. 173, pp. 176-191. El autor no ve óbice para considerarla pues "las fuentes de las obligaciones no están enumeradas por el Código de manera limitativa".

de la relación obligatoria, según la cual el vínculo obligatorio precisa necesariamente de la concurrencia de dos voluntades[78].

Otra opinión ubica la declaración unilateral como fuente derivada más ampliamente del género "acto jurídico" por oposición al "hecho jurídico"[79], pero aun en tal caso es discutible que conforme una fuente autónoma de la relación obligatoria, por las razones referidas.

Algunos refieren al *negocio jurídico* como categoría más amplia y comprensiva que el contrato[80], que a su vez pudiera subsumirse en una categoría aun de mayor amplitud, a saber, el "acto jurídico". El acto jurídico como acto de voluntad es la base del derecho contractual[81].

Algunos agregan "los actos que sin mediar culpa requieren ser indemnizados", a saber, la "responsabilidad objetiva" o por riesgo[82]. Ésta se diferencia de la responsabilidad subjetiva o por culpa referida en el artículo 1185 del CC. Pero, modernamente, la responsabilidad objetiva o por riesgo, ajena a la idea de culpa, se erige como fuente autónoma de las obligaciones[83] porque puede presentarse por disposición de ley, tanto en materia extracontractual (tránsito terrestre) como en materia contractual (transporte aéreo o laboral).

Más recientemente, la doctrina se ha paseado por la idea de la "*relación jurídica ante-obligatoria*" como fuente previa o próxima de las obligaciones. Se cita el ejemplo, del hecho ilícito discutido, en el cual el responsable solo puede ser tenido como tal a partir de la fecha de la sentencia. Antes de ésta no hay relación jurídica obligatoria sino una situación ante-obligatoria[84].

Se puede decir que vale seguir la natural tendencia de que las fuentes de las obligaciones no son taxativas, o más precisamente serán tales siempre que provengan de la ley[85]. Se trata en definitiva de aquellos hechos o actos que den nacimiento a la relación obligatoria.

---

[78] Véase *supra* tema 2.3.1.

[79] Véase: Sheraldine Pinto, a propósito de su intervención en Proyecto Grupo para la armonización del Derecho en América Latina (GADAL, 2015); el acto jurídico y el hecho jurídico, más que fuentes, se presentan como dos macro-categorías en las que puedes subsumir las distintas fuentes de las obligaciones según el rol de la voluntad, especialmente respecto a los efectos.

[80] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 63.

[81] Lutzesco, Georges: *Teoría y Práctica de las nulidades*. México, Editorial Porrúa S.A., 1945. Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, p. 29; Sequera, *ob. cit.*, pp. 48-62.

[82] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 63.

[83] *Ibid.*, p. 64; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 193, la responsabilidad civil tiene dos posibles causas o fuentes: el *hecho ilícito* y el *riesgo creado*; Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, pp. 116-123. El autor cita como ejemplos en el Derecho español: la responsabilidad por circulación de vehículos de motor, transporte aéreo, energía nuclear, ejercicio de la caza.

[84] Véase: Adrián, Tamara: *Las situaciones jurídicas subjetivas ante-obligatorias y el sistema de la responsabilidad civil*. En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 443-474.

[85] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 63, toda obligación ya sea contractual, cuasicontractual, delictual y cuasidelictual nace de la ley.

La clasificación de las fuentes –al igual que la noción de obligación– es una tarea que más bien corresponde a la doctrina y no al Legislador. De allí que los Códigos modernos evitan clasificar las fuentes de las obligaciones[86]. Se admite que la temática de las fuentes es meramente teórica, pues lo determinante será el origen lícito de la obligación, lo que reconduce a la "ley", como fuente más importante y definitiva de las obligaciones. Amén de esta última, las fuentes citadas por la doctrina venezolana podrían resumirse en el acto o negocio jurídico que incluye el contrato y que permitiría también subsumir la discutida "declaración unilateral de voluntad" (que en nuestra opinión por sí misma no es fuente de obligaciones), el enriquecimiento sin causa, el hecho ilícito y el abuso de derecho. A lo anterior se podría agregar la responsabilidad objetiva o por riesgo.

Un sector de la doctrina española reconoce tres fuentes autónomas: el contrato, la responsabilidad por daños causados y el deber de restituir lo recibido sin causa[87]. Otros desmenuzan un poco más y aluden a obligaciones legales, contractuales, derivadas de los cuasicontratos, del hecho ilícito[88]. Sin embargo, se considera superada la categoría histórica del cuasicontrato[89] y el cuasidelito como fuente de las obligaciones[90]. El contrato es probablemente la más frecuentemente utilizada de las fuentes de las obligaciones[91]. Así se afirma que las dos grandes fuentes en la actualidad son entonces los contratos y la responsabilidad por daños[92], comprensiva de la responsabilidad subjetiva (culpa) y la responsabilidad objetiva (riesgo).

En todo caso, el carácter taxativo de las fuentes pierde sentido ante la pujanza experimentada por la ley que se erige como fuente autónoma y preponderante de las obligaciones[93]. Aunque para algunos la ley no es fuente sino que es simplemente la que "*puede crear fuentes*"[94], cabe observar que la obligación nace de la ley porque ésta es la que la establece.

Pero ciertamente los actos o hechos que dan vida a la relación obligatoria son tales, gracias o en virtud de la ley, ya se tenga ésta como fuente directa o como creadora a su vez de las "fuentes" de las obligaciones. Vale entonces hacerse partícipe de que la discusión es meramente teórica, toda vez que lo importante será encontrar una razón en el orden jurídico para validar el motivo que legítima la relación jurídica obligatoria.

---

86 Lagrange, *Apuntes*...

87 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 26.

88 Lete del Río, *ob. cit.*, pp. 94-97.

89 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 52, el Código no acoge la noción de cuasicontrato por haber sido desechada en el Derecho moderno.

90 Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 63 y 67.

91 Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 105.

92 Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, p. 22.

93 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 64.

94 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 282.

TEMA 4
La Obligación Natural[1]

SUMARIO: *1. Generalidades 2. Noción 3. Antecedentes 4. Fundamento 5. Casos aceptados y casos discutidos de obligaciones naturales 6. Requisitos 7. Efectos*

1. Generalidades

Dentro del tema de la clasificación de las obligaciones, se suele comenzar en razón de su interesante naturaleza con las obligaciones naturales, por oposición a las obligaciones civiles. Así, la primera agrupación de las obligaciones, la más universal, es la de obligaciones naturales y obligaciones civiles. La civil es aquella obligación sancionada por la ley que le permite al acreedor satisfacer su ejecución judicialmente. A la que se le opone la obligación moral que se encuentra fuera del campo jurídico y cuyo poder de compulsión depende del fuero interno, no es susceptible de ejecución voluntaria. Más propiamente se encuentra fuera del campo "jurisdiccional" del Derecho, toda vez que éste no le concede acción, aunque prevé la consecuencia jurídica de no devolución de lo cumplido. Quien paga voluntariamente una obligación natural paga una deuda, según dispone el artículo 1178 CC. Por lo que la obligación natural no es "de obligatorio cumplimiento. Existe un deber moral de cumplimiento"[2].

Se afirma que la denominación "obligación natural" es de origen romano por lo que algunos preferirían sustituirla por "obligación imperfecta", porque si bien no puede ser exigida judicialmente, al mismo tiempo, una vez

---

1 Véase: Reales Espina, Juan Ignacio: *La obligación natural en el Código Civil.* Granada-España, Comares, 2000; Zambrano Velasco, Luis Alberto: *Las obligaciones naturales.* En: Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal Nº 21. Fundación Rojas Astudillo, Caracas, edit Sucre, 1976-1978, pp. 9-109; Zambrano Velasco, *Teoría General de la Obligación...,* pp. 163-238; Giorgianni, *ob. cit.*, pp. 107-135; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 230-234; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 44 y 45; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 62-64, 69 y 70; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 319-324; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 100-105; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 111-122; Sequera, *ob. cit.*, pp. 98-164; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 111 y 112; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 11 y 112; Navia Arroyo, Felipe: *Las obligaciones naturales en el Código de Bello.* Estudios en Homenaje al profesor Dr. D. Alejandro Guzmán Brito, http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3171365&orden=244390 ; Rocco, Enma Adelaida: *Obligaciones: Obligaciones Civiles y naturales. Comunicación efectuada por la Profesora Dra. Emma Adelaida Rocco en la sesión privada extraordinaria de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires del 28 de abril de 2006,* http://www.ciencias.org.ar/user/files/Rocco.pdf ; Gil Ljubetic, Rodrigo: *Separata 2 Obligaciones Naturales.* Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Curso de Obligaciones, https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/1/D122A0415/2/material.../118990 ; Fournier Guevara, Rodrigo: *La naturaleza de las obligaciones naturales.* Revista de Ciencias Jurídico Sociales, Vol. I, Num. 2, 1957, pp. 98-132, http://*revistacienciassociales.ucr.ac.cr/wp-content/revistas/2/guevara.pdf* ; Del Rivero y Hornos, Manuel Ernestojar: *Las obligaciones naturales. www.monografias.com/trabajos88/obligaciones-naturales ;* López Olaciregui, José María: *La obligación natural: una idea difícil que responde a un fundamento lógico y brinda una visión general del sistema del Derecho*, pp. 68-79, En: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/31/la-obligacion-natural-una-idea-dificil-que-responde-a-un-fundamento-logico-y-brinda-una-vision; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 174-208.

2 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 56.

pagada dicho pago es válido y no está sujeto a repetición[3]. Pothier señala, sin embargo, que no deben confundirse las obligaciones naturales con las imperfectas[4]. La expresión "obligación natural" parece haber adquirido carta de naturaleza.

El acreedor de una obligación natural no está asistido por el carácter coercible del vínculo que lo une a su deudor, su crédito es inexigible por vía judicial. Pero el efecto primordial del pago voluntario se da igual que en una obligación civil, porque dicho pago es irrepetible. Ante el eventual reclamo del deudor el acreedor puede excepcionarse reteniendo lo pagado por razón de una obligación natural[5]. Las obligaciones naturales no confieren derecho para exigir su cumplimiento pero cumplidas autorizan para retener lo dado[6]. La obligación natural sólo es tomada en consideración por el Derecho cuando es cumplida voluntaria o espontáneamente[7]. Mientras el deber moral no sea cumplido, la ley lo ignora.

2. Noción

La obligación natural es aquella que no es susceptible de ejecución forzosa por parte del acreedor, pero que de ser cumplida voluntariamente dicho pago es válido. Carece pues de poder coactivo a los fines de su cumplimiento; carácter esencial de toda obligación por excelencia. Tiene por características la inexigibilidad y la irrepetibilidad de lo pagado[8].

Se trata entonces de "*aquellas que no son exigibles, pero que si se prometen, la promesa es válida, y si se pagan, su pago o cumplimiento es irrepetible*"[9]. La obligación natural es un deber moral que en determinadas circunstancias asciende a la vida civil, pues en definitiva "*no se debe admitir el arrepentimiento en la honestidad*"[10].

Y así refiere Lasarte que es relativamente pacífico doctrinariamente configurar la obligación natural como una justa causa de atribución patrimonial concreta que encuentra su fundamento en la existencia de un deber moral cualificado o un deber moral elevado al rango de obligación imperfecta[11]. En las obligaciones naturales el deber del deudor no está dotado de sanción jurídica, para el caso de incumplimiento[12], pero su interesante efecto es que si son pagadas o cumplidas se paga bien y por tal el pago no está sujeto a devolución o repetición.

---

[3] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 319.

[4] Pothier, *ob. cit.*, pp. 109 y 110.

[5] Ghersi, *ob. cit.*, p. 337.

[6] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 23.

[7] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 54.

[8] Del Rivero y Hornos, *ob. cit.*

[9] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 46.

[10] Lagrange (*Apuntes*...) cita a Ripert.

[11] Lasarte, *ob. cit.*, p. 11.

[12] Silva Sánchez, *La relación*..., p. 99.

Se trata pues de un deber moral cuyo cumplimiento no es exigible jurídicamente, pero que de ser cumplido en forma espontánea, es perfectamente válido para el orden jurídico, de tal suerte, que no se repite lo pagado. La devolución de lo pagado está fuera de la órbita de la "obligación natural", pues quien la cumple, paga "bien" a la luz del Derecho.

3. Antecedentes[13]

"Las obligaciones naturales, por oposición a las civiles, cuyas raíces se encuentran en el derecho romano del período clásico, son básicamente una construcción de los jurisconsultos de la escuela sabiniana del siglo II de la era cristiana". Sin embargo, como es bien sabido, los romanos no lograron hacer de la obligación natural una institución con caracteres bien definidos. No se dio de ella un concepto preciso; tampoco se identificaron, de manera general, sus efectos jurídicos. Apenas analizaron aisladamente diferentes hipótesis y para cada una de ellas los efectos que se seguían, no siempre los mismos, aunque en todas ellas sí se encuentra el denominador común de la carencia de acción para hacerla efectiva frente al deudor y el rechazo de la *conditio indebiti* o, lo que es lo mismo, la *solutio retentio* por parte del acreedor[14].

"Don Andrés Bello, como es sabido, para componer el libro cuarto del Código Civil chileno, se inspiró tanto en el *Code civil* de 1804 como en el *Tratado de las obligaciones* de Pothier, aunque también echó mano de sus amplios conocimientos de derecho romano y tuvo a la vista la legislación española, en particular las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio. Y en éstas, precisamente, podemos rastrear una concepción de la obligación natural análoga a la del derecho romano clásico"[15].

4. Fundamento

4.1. Para unos la obligación natural se fundamenta en el *derecho natural*, deberes de conciencia inherente a la persona humana[16]. Así, Zambrano Velasco reseña a Massol por tener el mérito de admitir la existencia de un lazo jurídico como fundamento de la obligación natural que tendría su base en el *ius gentium* que es una especie de Derecho natural o de equidad[17].

4.2. Una fuerte tesis –a la que adherimos– sostiene que se fundamentan en su mayoría en *deberes morales*[18]. Esta última tesis se presenta como la

---

[13] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 320 y 321; Moisset de Espanés, Luis: *Obligaciones naturales. Estudio histórico.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-53, www.acaderc.org.ar.

[14] Navia Arroyo, *ob. cit.*, p. 6.

[15] *Ibid.*, 10.

[16] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 232.

[17] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 193.

[18] Véase: Reales Espina, *ob. cit.*, p. 122; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 54; Moisset de Espanés, Luis: *Obligaciones naturales y deberes morales (Derecho comparado).* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-110, www.acaderc.org.ar; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 102; en el Derecho moderno la teoría de la obligación natural experimenta el influjo de la espiri-

de mayor peso: las obligaciones naturales se traducen en una intervención de la moral en el Derecho, identificándose tales obligaciones con un deber moral, y por ello no son taxativas según se refiere acertadamente[19]. En opinión de Reales Espina "en principio cualquier deber moral puede dar lugar a una obligación natural, siempre y cuando el deudor haya actuado movido por ese deber"[20]. Si ello es así el papel del Juez sería fundamental en la determinación de la obligación natural. Sin embargo, entre otros[21], Zambrano Velasco se muestra contrario a dicho fundamento[22], aunque admite que la imposibilidad de que conformen un *numerus clausus* por la dificultad que supondría para el intérprete[23]. Ghersi señala que su fundamento es el Derecho natural y la equidad[24]. De allí que se afirme que la obligación natural constituye un término medio entre la obligación civil y el deber moral o de conciencia[25]. La obligación natural es un deber moral que entra en la vida civil[26].

4.3. Otros ven la figura como *obligaciones civiles degeneradas o imperfectas*. Y así hay quien señala que se podrían tipificar como especies de obligaciones civiles dotadas de una cobertura o protección jurídica incompleta, de tal modo que su actuación es potestativa para el deudor[27].

5. Casos aceptados y casos discutidos de obligaciones naturales[28]

Pudiéramos distinguir algunos supuestos en que la doctrina está medianamente de acuerdo que constituyen obligaciones naturales y otros en que el punto es relativamente discutido.

tualización del Derecho Civil y a su través se origina la incorporación de los deberes morales en el campo jurídico (aunque tal extensión "presenta una serie de riesgos").

[19] Véase: Lagrange, *Apuntes*...; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 321 y 322, refiere que existen dos tesis quienes consideran que son taxativas y la opinión contraria que indica que no pueden enumerarse taxativamente.

[20] Reales Espina, *ob. cit.*, p. 161, sólo el análisis del caso concreto podrá deducirse que el que realizó la prestación lo hizo movido por un deber moral.

[21] Véase: Del Rivero y Hornos, *ob. cit.*

[22] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General*..., p. 166, "a nuestro modo de ver, la identificación entre obligaciones naturales y deberes morales es producto de un equívoco; se confunde una categoría jurídica abstracta con las exigencias ético-sociales a las que puede útilmente servir. Se trata, en efecto... de dos conceptos que coexisten aun cuando en planos diferentes".

[23] Véase: *Ibid.*, p. 169.

[24] Ghersi, *ob. cit.*, p. 340.

[25] Sequera, *ob. cit.*, p. 69.

[26] Bonnecase, *ob. cit.*, p. 743. El autor alude a una "obligación civil virtual" (*ibid.*, p. 745).

[27] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 38; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 232; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 70, algunos ven en ella una obligación civil degenerada o abortada; otros un tipo de obligación *sui generis*; Miliani Balza, *ob. cit.*, p. 111, Se distinguen dos grandes tipos. 1. Obligaciones nacidas de deberes de conciencia (alimentos a parientes no obligados por ley, pago de daño por hecho ilícito no demostrado, derivadas de incumplimiento culposo no probado) y 2. Obligaciones naturales derivadas de obligaciones civiles, imperfectas, torpes (obligaciones surgidas de un testamento irregular, de la nulidad de un contrato por incapacidad).

[28] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General*..., pp. 226-238.

Así por ejemplo, se citan como ejemplos de casos o supuestos *admitidos* obligaciones naturales: el *pago de una obligación prescrita*[29] (aquella que ha sido judicialmente declarada como tal previa declaración de la parte a tenor del artículo 1.956 CC), lo pagado por *alimentos a parientes no obligados*[30] (ej. sobrino o tíos), el pago efectuado contra la *cosa juzgada* (ej. en juicio donde se liberaba al deudor)[31], *las donaciones remuneratorias*[32], las *disposiciones testamentarias nulas por defecto de forma* (diferentes a las fiduciarias)[33], otros deberes morales como el pago por haber causado un daño a otro o una relación concubinaria que no cumple los requisitos legales de procedencia[34]. Se agrega el pago por el fallido al acreedor de la porción en que se había reducido el crédito por efecto del convenio de conformidad con el artículo 1009 del Código de Comercio[35].

Por otra parte, se aprecian en la doctrina casos *discutidos* de obligación natural, a saber, el pago de intereses no pactados expresamente (CC, art. 1747[36]), el pago hecho a un incapaz que es ratificado. Respecto al primero, Lagrange considera que la improcedencia de repetir el pago de intereses no responde a que se trate de obligaciones naturales, sino que la ley presume

---

[29] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 320, refiere que dada la naturaleza de la obligación natural "en la práctica profesional se ha de considerar, en principio, como inmoral, el oponer la prescripción extintiva. La persona que debe, aunque pasen cinco, diez o catorce años. Desde el punto de vista ético no es aceptable la excepción de prescripción". Véase: Lagrange (*Apuntes...*): "el que paga de manera espontánea una obligación prescrita, es decir, que viéndose reclamar el pago no opone la prescripción paga una obligación natural que no está sujeto a repetición"; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 226 y 229, "...Si la prescripción no fue alegada, la obligación que se extinguió mediante el pago ciertamente no era una obligación natural y por lo tanto no tiene sentido examinar la cuestión a la luz del mecanismo de las obligaciones naturales...solamente en la hipótesis en que el deudor hubiere opuesto la excepción de prescripción y que ésta hubiere sido acogida, puede afirmarse que se habría extinguido la obligación civil afectada por dicha prescripción, y únicamente en este caso puede admitirse que hubiere nacido para el deudor una obligación moral o de conciencia, es decir, una obligación natural".

[30] Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 233, no todos los miembros de la familia tiene el deber jurídico de prestar alimentos y el derecho de recibirlos pero incluso respecto de tales mal podría repetirse lo ejecutado a través de un cumplimiento espontáneo; Sequera, *ob. cit.*, pp. 145 y 146.

[31] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 236 y 237; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 104.

[32] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 230 y 231, es aquella liberalidad hecha por agradecimiento al donatario o en consideración a sus méritos (Véase: arts. 1432, 1458 y 1467 CC). Es pues, la atribución hecha en ejecución de un deber moral pero nada impide que se hable de una obligación natural cuando se trate de la ejecución de un diverso deber moral o social. En ella no rigen las mismas reglas que la donación tales como la revocación toda vez que "en la donación está presente el *animus donandi* mientras que en la obligación natural el *animus solvendi*".

[33] El heredero que da cumplimiento a la voluntad del causante pero viciada por defecto de forma, cumple bien, pues ello es perfectamente a tono con la moral. Véase también a propósito de la donación su confirmación póstuma: *ibid.*, p. 233.

[34] Tales como el tiempo para considerar su permanencia o la diversidad de sexo. Así como en otrora tiempo refería Lagrange (*Apuntes...*) era el caso de los denominados despectivamente hijos "adulterinos" que no podían ser reconocidos.

[35] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 237; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 104.

[36] Que dispone: "*Si se han pagado intereses, aunque no se hayan estipulado, no pueden repetirse ni imputarse al capital*".

que las partes lo han pactado tácitamente[37]. Por su parte, Zambrano Velasco indica que cabría distinguir si el interés se presenta desproporcionado o no[38]. Se discute igualmente, el caso de las obligaciones viciadas de nulidad relativa y posteriormente ratificadas. Respecto de la que se considera que tampoco constituyen un ejemplo o caso de obligación natural, pues al ser capaz el pago es válido y se paga una verdadera obligación[39]. Tampoco constituyen obligaciones naturales la disposición fiduciaria enteramente nula por tratarse de persona interpuesta en caso de incapacidades especiales de goce (CC, art. 897[40]). Se incluye el caso del fiador que veremos *infra*.

Algunos incluyen las deudas de juego en las obligaciones naturales[41]. No obstante, se indica acertadamente que las mismas no constituyen en principio obligaciones naturales pues cuando el artículo 1.803[42] del CC prohíbe repetir lo pagado, en tal caso, no ampara un deber moral sino todo

---

37 LAGRANGE (*Apuntes*...) considera que tal supuesto no configura una obligación natural sino un supuesto en que el comportamiento de las partes viene a demostrar *a posteriori* que no obstante no haberse mencionado el mutuo, la obligación devengaba intereses, en reconocimiento de la existencia previa de un pacto no expresado expresamente o implícito.

38 Véase: ZAMBRANO VELASCO, *Teoría General*..., p. 238, si los intereses pactados son excesivos, no se podría sostener que el mutuario, pagándolos, hubiere cumplido una obligación de conciencia, lo cual por el contrario sí podría alegarse en el caso opuesto. A este respecto, si los intereses pagados no son excesivos, por cuanto no superar el máximo fijado por ley, es decir, no pueden ser calificados de usurarios , aun cuando se trate de intereses no convenidos o superiores a éstos puede afirmarse la existencia de una obligación natural, concebida dentro de esos claros límites y para esa porción válida. Si por voluntad expresa las partes habían excluido el pago de intereses no cabe obligación natural ya que no existía un deber de conciencia y mediaría en tal caso un acto de liberalidad.

39 Véase: *ibid.*, p. 235; LAGRANGE, *Apuntes*...

40 *"No se admitirá ninguna prueba para demostrar que las disposiciones hechas en favor de una persona designada en el testamento son sólo aparentes, y que en realidad se refieren a otra persona, no obstante cualquiera expresión del testamento que lo indique o pueda hacerlo presumir. Esto no se aplica al caso en que la institución o el legado se ataquen como hechos en favor de incapaces por medio de persona interpuesta".* Véase: *ibid.*, pp. 231 y 232.

41 Véase fundadas en una causa torpe o inexcusable: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 233; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 45; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, pp. 104 y 105; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 321; CALVO BACA, *ob. cit.*, p. 111; SUE ESPINOZA, *ob. cit.*, p. 115; GASTALDI, José María y ESTEBAN CENTANARO: *Contratos aleatorios y reales*. Argentina, Editorial Belgrano, 1997, p. 39, el pago realizado en virtud contratos sobre juegos y apuestas no tutelados genera obligaciones naturales, ergo es irrepetible; Juzgado Primero de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 21-11-05, Exp. 6421, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2005/noviembre/970-21-6421-.html "El Legislador cree que ciertas deudas de juego, aunque son verdaderas deudas nacidas del común acuerdo de las partes, no son dignas de la sanción y de la protección de las leyes, y por eso les niega toda acción, dejando a las obligaciones de tal origen el simple carácter de naturales. Conforme acabamos de exponerlo, la ley no da acción para reclamar lo que se haya ganado en juego de suerte, azar o envite, o en una apuesta" (en el mismo sentido: Juzgado Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribarren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 22-1-15, Exp. KP02-M-2015-000008, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/ENERO/2826-22-KP02-M-2015-0008-.HTML).

42 Que dispone: "*Quien haya perdido en el juego o apuesta no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a menos que haya habido fraude o dolo de parte de quien hubiese ganado o que quien hubiese perdido sea menor, entredicho o Inhabilitado*". Véase también: CC, art. 1.801: "*La Ley no da acción para reclamar lo que se haya ganado en juego de suerte, azar o envite, o en una apuesta. Las loterías están comprendidas en las disposiciones de este artículo, excepto aquéllas que se constituyan para beneficencia o para algún otro fin de utilidad pública, y que las garantice el Estado*".

lo contrario, proyecta el principio según el cual *"nadie puede alegar su propia torpeza"*[43] según se ha referido[44]. De tal suerte que mal podría constituir la deuda de juego una obligación moral si el Legislador las consideró ilícitas. Otros señalan que habría que diferenciar el tipo de juego[45], según se trate de juegos permitidos o no. Algunos por su parte, asoman la idea de que el pago de las deudas de juego puede ser relacionado con un imperativo de tipo moral[46]. Pero la distinción del legislador venezolano no parece ser casual, por lo que tiende a apuntar en un sentido contrario al de la obligación natural. En todo caso, las obligaciones naturales y las deudas de juego además de compartir la irrepetibilidad de lo pagado o *solutio retentio*, precisan de un pago espontáneo[47].

6. Requisitos

Se afirma[48] que cuatro son los requisitos para que se produzca dicho efecto legal:

6.1. Que haya habido un cumplimiento patrimonial hecho *solvendi* causa, esto es con intención para producir la satisfacción de un deber;

6.2. Que el mismo se fundamente en un deber moral o de conciencia;

---

[43] Véase Le Tourneau, Philippe: *La regle "nemo auditu...".* Paris, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence. Biblitheque de Droit Prive sous la direction de Henry Solus. Tome CVIII, 1970, p. 2, constituye una frase anacrónica de origen romano. Véase *ibid*, pp. 88 y 89, propicia la restitución de la prestación debida; León, Pedro: *La regla "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" en el proyecto de reforma*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar ; Sequera, *ob. cit.*, p. 160, porque se trata de un caso de ilicitud de la causa.

[44] Indicaba Lagrange *(Apuntes...)* que las obligaciones nacidas del juego o apuesta son obligaciones ilícitas pero no son casos de obligaciones naturales. Véase en el mismo sentido: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 230, "no hay supuesto de obligación natural en ninguna clase de deudas de juego; porque en los juegos lícitos se admite una causa civil que los equipara a las obligaciones ordinarias provista de acción y porque en los juegos ilícitos, a pesar de darse el principio de la irrepetibilidad (art. 1803 CC) característico de la obligación natural, carecen de una causa lícita necesaria para toda clase de obligaciones"; Sequera, *ob. cit.*, p. 160.

[45] Véase: Del Rivero y Hornos, *ob. cit.* algunos autores incluyen en las "obligaciones naturales" sólo a las resultantes de juegos tolerados o no prohibidos, que no están reprimidos ni penal ni civilmente, pero que tampoco cuentan con la plena protección de la ley, desde que carecen de acción para exigir su cumplimiento y no tienen otro efecto civil que la *solutio retentio* dentro de los cuales cabe ubicar a juegos que son socialmente inútiles, pero que por no representar un peligro social, sino más bien una forma de entretenimiento o distracción, por lo que la ley no los reprime, como, verbigracia, los juegos de azar practicados en las casas de **familia** entre parientes o amigos. Por el contrario, los juegos prohibidos por la **autoridad** en ejercicio de su poder de policía tienen una causa ilícita y los mismos no producen ningún efecto desde el punto de vista jurídico civil, ni siquiera el de las obligaciones naturales; no siendo repetible lo pagado en su consecuencia en mérito al principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegam* en cuyo caso el pago sólo será irrepetible si hubiese mediado torpeza del *solvens*, pero no si por un error de hecho o de derecho creyó que había apostado en un juego lícito o no prohibido".

[46] Ballestra, Luigi: *El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios.* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, p. 81.

[47] *Ibid.*, p. 85.

[48] Lagrange, *Apuntes...*

6.3. Que tal cumplimiento haya sido espontáneamente[49] o sin coacción alguna;

6.4. Finalmente la capacidad de obrar (se infiere de los artículos 1144, 1285 CC).

7. Efectos

7.1. *Su efecto básico es la no repetición de lo pagado*[50]. El primer efecto de las obligaciones naturales es la «*soluti retentio*». Refiere Pothier: "el solo efecto de nuestras obligaciones puramente naturales es que cuando el deudor ha pagado voluntariamente el pago es válido, y no está sujeto a repetición, por lo mismo que había un justo motivo para pagar"[51].

Se agrega la *imposibilidad de ejecución forzosa*[52]. Las obligaciones naturales se distinguen de las civiles en que el acreedor natural no tiene ningún medio de coacción contra el deudor, solo puede esperar el pago de la libre voluntad de éste[53]. Dispone el CC en su art. 1178: "*Todo pago supone una deuda: lo que ha sido pagado sin deberse está sujeto a repetición. La repetición no se admite respecto de las obligaciones naturales que se han pagado espontáneamente*". Aunque se pague por error una obligación natural, el pago es válido. Así el interesante efecto de las obligaciones naturales surge una vez que éstas se pagan en cuyo caso no hay devolución de lo pagado. La retención de lo pagado opera como excepción pero ellas no pueden ser requeridas por vía de acción. Se trata de un efecto moral en el Derecho. De allí que afirme Rodríguez Ferrara que las obligaciones naturales, no tanto están desprovistas de acción, como el hecho de que el deudor tiene la posibilidad de negarse a cumplir la misma[54].

7.2. *Para algunos, otro efecto de la obligación natural es que puede servir de causa para una obligación civil*[55]. Esto es, servir de base a una obligación civil si hay un compromiso de ejecución. Y así se afirma que "la promesa de cumplimiento de una obligación natural, debidamente aceptada, se inserta

---

[49] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 234; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 103, basta con se haga sin mediar violencia con lo cual se excluye el error como causa para exigir la repetición.

[50] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 64 y 70, uno de sus efectos es la validez del pago voluntario (CC, 1178); Sequera, *ob. cit.*, p. 155; Sandoval Samuel, Manuel Ysidro: *Obligaciones.* http://www.monografias.com/trabajos11/oblupma/oblupma.shtml "lo que se ha dado en pago de una obligación natural no puede repetirse. Si bien las obligaciones naturales no dan acción para exigir su cumplimiento ellas si dan excepción para retener lo pagado por ellas".

[51] Pothier, *ob. cit.*, p. 109.

[52] Véase: Del Rivero y Hornos, *ob. cit.*; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 64 y 70; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 319.

[53] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 658.

[54] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 44 y 45.

[55] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 234, la obligación natural puede servir de causa a una promesa de pago o a una promesa de ejecución (la obligación natural se transforma en civil por el compromiso de ejecutarla); Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 70, otro efecto es la vinculación que surge de la promesa de pagar una obligación natural si la intención es clara; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 111.

en el contrato, desde el punto de vista de su fuente y origen. Esta hipótesis configura el *constitutum debiti propi*"[56]. Sin embargo, para Zambrano Velasco, dicha tesis es discutible en el Derecho positivo venezolano, porque supondría aceptar que tales obligaciones son susceptibles de ratificación o confirmación, pero ello no es posible porque las obligaciones naturales no pueden ser objetivo de confirmación a diferencia de la nulidad; y la ratificación se asocia a aprobar los actos ratificados por un tercero. Así mismo, el "reconocimiento" no modificaría la situación de la obligación natural. Con base a ello se excluye igualmente la novación, la compensación de la obligación natural[57], o la remisión de deuda de una obligación natural aunque sí resulta admisible la dación en pago en relación a obligaciones naturales[58]. Si somos consecuentes con la idea de obligación natural y las fuentes de la obligación civil que excluye la voluntad unilateral, podríamos decir que simplemente una obligación civil válidamente aceptada entre acreedor y deudor pudo haber tenido su causa en una obligación natural pero la simple declaración unilateral del deudor no tiene el poder de convertir una obligación natural en civil, sin la aceptación del acreedor, lo que permite concluir que ya estaríamos en el ámbito de la obligación propiamente dicha.

7.3. Igualmente *está excluida la posibilidad de reforzar una obligación natural con obligaciones accesorias o garantías* tales como hipoteca, prenda o fianza[59]. Algunos pretenden sostener que las garantías otorgadas para garantizar una obligación natural son válidas y pretenden derivarlo del artículo 1805 del CC: "*La fianza no puede constituirse sino para garantizar una obligación válida. Sin embargo, es válida la fianza de la obligación contraída por una persona legalmente incapaz, si el fiador conocía la incapacidad*". Pero realmente, afirma Lagrange, la norma "parece" hacer una excepción que es solamente aparente porque no se trata de la fianza de una obligación natural y la norma citada es una confirmación de la regla pues la validez de la garantía está supeditada a que el fiador conozca la incapacidad del deudor principal; lo cual demuestra que teniendo un papel fundamental ese conocimiento del garante, acontece que no se está otorgando propiamente una fianza sino sencillamente "una garantía personal a título de obligación principal que no es la fianza"[60].

7.4. "El pago de una obligación natural que hace insolvente al deudor es susceptible de ser revocado por sus acreedores mediante la acción pauliana, pues el deber moral de pagar una obligación natural no puede

---

56 Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 218; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 111, la obligación natural puede servir de causa a un promesa de pago o a una promesa de ejecución. Se dice entonces que la obligación se transforma en una obligación civil por el compromiso de ejecutarla.

57 Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 218-222.

58 *Ibid.*, p. 235.

59 Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 70, no puede ser opuesta en compensación con una obligación civil, no puede ser objeto de una fianza válida porque ésta es subsidiaria.

60 Lagrange, *Apuntes...*

ser más trascendente que el deber jurídico de pagar obligaciones civiles a los acreedores"[61]. "El deudor no tiene por qué preferir al acreedor de una obligación natural a los acreedores de obligaciones civiles"[62]. Sin embargo, es discutible que exista ánimo de defraudar en tal caso.

Señala Lagrange que es importante la distinción de ver el pago como un deber aunque sea moral y no como una liberalidad, pues de tratarse de esta última estaría afectada del respectivo impuesto de donaciones y los herederos podrían ver afectada su "legítima".

"En las obligaciones naturales el vínculo se halla flojo, enervado, debilitado y el acreedor ya no puede accionar para lograr el cumplimiento, pero conforme con lo dispuesto por el Código Civil, si el deudor cumple voluntariamente no puede pedir repetición de lo pagado"[63]. Se trata de uno de esos casos en que la moral interviene en el Derecho o más bien en que el orden jurídico toma en cuenta la moral de la conducta para ciertos efectos, como lo es la no repetición de lo pagado. Pues nuestro ordenamiento solo se refiere a la figura a propósito del pago de lo indebido para aclarar que quien paga una obligación natural no está sujeto a repetición. Esto es, quien paga una obligación natural paga bien. Es interesante cómo funciona la obligación natural. Mientras el deber no sea cumplido la ley lo ignora. La Ley sólo interviene en caso de cumplimiento, consagrando la irrepetibilidad de lo pagado. Se trata a nuestro entender de un ejemplo de la intervención de la moral en el Derecho; pues como bien se afirma, éste reconoce jurídicamente que no cabe arrepentirse cuando el pago tenía una base justificada en la moral o en la equidad.

Se hace necesario ahondar en este interesante tema, pues a pesar de su deficiente regulación, las obligaciones naturales están presentes en la vida real de forma clara[64].

---

[61] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 234.

[62] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 324.

[63] Rocco, *ob. cit.*, p. 6.

[64] Reales Espina, *ob. cit.*, p. 2.

TEMA 5
Clasificación de las Obligaciones[1]

SUMARIO: *1. Por las particularidades del objeto 2. En razón de si están sometidas o no a modalidad (condición o término) 3. En razón de los sujetos 4. En atención a la divisibilidad del objeto (importante en caso de pluralidad de sujetos) 5. En atención a su vinculación con un derecho real, la obligación puede ser "ordinaria" o "propter rem". 6. En atención a si el objeto constituye una cantidad de dinero: obligaciones o deudas de dinero y obligaciones o deudas de valor 7. Otras clasificaciones*

Se refiere que "clasificar" es simplemente "ordenar" o disponer por clases, categorías o grupos en atención a cierto "criterio". Y así por ejemplo, los libros de nuestra biblioteca podrían clasificarse por materias, por autores, por colores, por tamaño, etc. En el ámbito del Derecho, las clasificaciones son comunes y de ello no podría escapar las "obligaciones", las cuales pueden también ser clasificadas con base a ciertos criterios[2] a los fines de su estudio. Y así veremos que múltiples son los aspectos a los fines de ordenar el estudio de la relación obligatoria, entre los que se ubica según veremos, las particularidades del objeto, del sujeto, la posibilidad de dividir o fraccionar su cumplimiento, la circunstancia de estar sometidas a modalidad, entre otras tantas.

1. Por las particularidades del objeto[3]

1.1. *Según el contenido de la prestación*, se distinguen las obligaciones **POSITIVAS** y las obligaciones **NEGATIVAS**[4], según denoten una acción, o una omisión o abstención. Las positivas "son aquellas que consisten en la realización de una determinada actividad"; tienen por objeto un dar o un

---

[1] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 41-55 y 223-307; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 53-61 y 235-277; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 91-162; Carnevali de Camacho, Magaly: *Clasificación de las obligaciones*. En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad de los Andes Nº 20, 1997-1998, pp. 9-38; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 60-105; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 9-12; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 22-28; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, 259-449; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 22 y ss.; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 33-91; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 35-126; *Compendio di Istituzioni di Diritto Privato (Diritto Civile)*. Napoli, Simone, XV Edizione, 2012, pp. 387-400; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 72-118; Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 103-191; Espinoza Espinoza, *ob. cit.*, pp. 270-277.

[2] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 41-44.

[3] Véase*: ibid.*, pp. 41-55 y 223-307; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 53 y ss.; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 69 y ss.; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 85-95.

[4] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La obligación negativa*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 2. Caracas, 2013, pp. 43-123; Ferrer de San-Segundo, María José: *La obligación negativa*. Valencia, España, Tirant Lo Blach, 2001; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 259-262; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 613 y 614; Pothier, *ob. cit.*, pp. 79-97 y 103; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 134 y 135; Lete del Río, *ob. cit.*, pp. 49-52; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 208 y 209; Bonet Bonet, Francisco-Vicente: *Compendio de Derecho Civil Derecho de Obligaciones*. Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005, T. II, Vol. I, Fascículo I, p. 52; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. I, pp. 282-286; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 24 y 25; Wayar, *ob. cit.*, pp. 121-124; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 315 y ss.; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 78-80; O´Callaghan Muñoz, Xavier y Antonio Pedreira Andrade: *Introducción al Derecho Civil Patrimonial.* España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 4ª edic., 1996, pp. 425 y 426; López López y otros, *ob. cit.*, pp. 76-78; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 47-50, Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 35-38.

hacer. En tanto que las negativas estriban en una "omisión" y se traducen en las de no hacer, en tolerar y en no dar. La omisión del deudor puede consistir en no realizar determinada actividad o en permitir que el acreedor realice una actividad que en otro caso tendría derecho a impedir[5].

Las obligaciones de **dar**[6] consisten en la realización de una actividad material o en una actividad volitiva y declarativa, o ambas si fuera el caso, necesarias para producir la transferencia de la propiedad u otro derecho real. En la práctica agrega Lagrange puede ser necesario presentarse a la celebración de un contrato (actividad volitiva y declarativa) en el caso de la promesa de vender una cosa. Cuando se trata de un objeto cierto y determinado el artículo 1.161[7] del CC consagra el principio del *consensualismo*[8], heredado del sistema franco-italiano[9], en virtud del cual la sola voluntad de las partes es suficiente para transmitir la propiedad de la cosa al margen de la tradición[10] y la dificultad probatoria.

A veces ocurre que la sola actividad volitiva y declarativa no es suficiente para producir esa transferencia sino que se precisa de cierta actividad de orden jurídico o material, un comportamiento del deudor para que la transferencia efectivamente se produzca, esto es, la necesaria realización de un evento adicional[11]. Entre cuyas hipótesis se ubica la venta de la cosa genérica en que no rige por su naturaleza el consensualismo que media en la transferencia de la propiedad de la cosa específica[12] porque por esencia se precisa de la individualización[13].

---

[5] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 49; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 121.

[6] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, pp. 91 y ss.

[7] "*En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se trasmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado*".

[8] Véase sobre el consensualismo: Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 407 y ss.

[9] Véase: Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 22, que por oposición al sistema alemán, supone que el sistema latino prescinde de la tradición y la transferencia de la propiedad tiene lugar por el simple consentimiento.

[10] Acota Lagrange que "*tradir*" es entregar. Hacer la "tradición" es poner al adquirente en posesión del objeto al cual se refiere el contrato de transferencia. En nuestro Derecho a diferencia del Derecho Romano el contrato es "título y modo", pues en aquel el contrato era título pero no modo.

[11] Lagrange (*Apuntes*...) coloca el ejemplo de la cosa futura, el caso de la venta alternativa, la trasferencia de una cosa genérica, el artículo 27 de la Ley de Fideicomiso. Véase: Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 87 y 88, la autora cita entre los ejemplos: cuando en el contenido de la convención se ha establecido que la transmisión de la propiedad ocurra en un momento posterior al perfeccionamiento de la misma; cuando por disposición legal se adquiere la propiedad al pago de la última cuota, lo cual está previsto en la Ley sobre venta con reserva de dominio (art. 1); la venta de cosa fungible sometida a peso, cuenta o medida (CC, art. 1475). Aunque ésta última hipótesis es criticada a decir de la autora toda vez que todavía no se ha perfeccionado la venta si la cosa fungible no ha sido contada, pesada o medida (véase: *ibid.*, pp. 88-91).

[12] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 54, la obligación de dar no presenta el mismo interés según se trate de la transferencia de la propiedad de un cuerpo cierto o de una cosa genérica. La obligación específica supone que la cosa está individualmente determinada en tanto que en las obligaciones genéricas las cosas son determinables en el sentido que *a posteriori* se precisa un acto de individualización o especificación dentro del género al cual pertenece. Generalmente la clasificación aplica a las obligaciones de dar pero bien puede extenderse a las de hacer cuando no son personalísimas.

[13] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 72 y 73; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 88-91.

Dispone el artículo 1.265 CC que "*La obligación de dar lleva consigo la de entregar la cosa y conservarla hasta la entrega. Si el deudor ha incurrido en mora, la cosa queda a su riesgo y peligro, aunque antes de la mora hubiere estado a riesgo y peligro del acreedor*"[14]. Pero, dicha norma distingue entre la obligación de dar y la obligación de hacer, pues para poder entregar la cosa hay que "conservarla" hasta la entrega. Esa obligación de conservar y entregar –acota la doctrina– no es parte de la obligación de dar sino es una accesoria vinculada a la de dar pero distinta a ella. Pues no puede afirmarse que el dar consista en entregar; entregar es poner en posesión, dar es otra cosa. Dar es transferir la propiedad u otro derecho real. De allí que se distinga de la obligación de dar, las obligaciones consecuenciales de hacer asociadas, a saber, cuidar la cosa y entregarla al acreedor[15].

Las obligaciones de **hacer**[16] "tienen por objeto una actividad positiva distinta a la de dar"[17]; implican que la prestación del deudor consiste en una *conducta* o actividad. Radica generalmente en un realizar, prestar una energía de trabajo, un servicio a favor del acreedor (ej. contratista, mandatario, depositario). Los ejemplos podrían tornarse numerosos[18]: reparar una cosa, pintar un cuadro, hacer un vestido, escribir un libro, limpiar un lugar, etc.[19]

Atendiendo al interés personal del acreedor en el cumplimiento de la obligación las obligaciones de hacer pueden ser *ordinarias* (puede ser cumplida por el deudor o por un tercero[20] y se transmite a los herederos) o

---

[14] Véase sobre dicha norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1988, pp. 377-418.

[15] Véase: Lagrange, *Apuntes*...; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 82; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 16; Zambrano Velasco, *ob. cit.*, p. 261; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 91-93.

[16] Véase: Ledesma Martínez, Ma Julita: *Las obligaciones de hacer.* Granada, España, Comares, 1999; Domínguez Guillén, *La obligación negativa*..., pp. 54-60.

[17] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00096 de 25-2-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Febrero/RC-00096-250204-03144.htm siguiendo a Maduro Luyando indica que: *"...las obligaciones de hacer, aquellas que consisten en la realización por parte del deudor de cualquier actividad o conducta distinta a la transmisión de la propiedad u otro derecho real ...";* Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 315-341.

[18] Véase: Sue Espinoza, *ob. cit.*, p. 91: A esta categoría pertenecen, por ejemplo, la obligación de construir una carretera, de pintar un automóvil, de instalar un semáforo, de pagar el alquiler de una vivienda, de reparar una maquinaria, de intervenir quirúrgicamente a un paciente, de transportar un pasajero, de pagar el precio de lo comprado, de conservar la cosa vendida...

[19] Véase también: TSJ/SCC, Sent. Nº 0217 del 30-4-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Abril/RC-0217-300402-00894.htm coloca el ejemplo de la obligación derivada del contrato de opción de compraventa "que engendra una obligación de hacer, o sea prestarse a un futuro contrato, mientras que la compraventa es un contrato definitivo, que engendra una obligación de dar" (cita a Nicolás Vegas Rolando); Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-8-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html "La obligación de la empresa ..., consistía en la reparación y reconstrucción del Turbo, la cual constituye una obligación de Hacer.

[20] Lo cual es importante a los efectos del cumplimiento en especie o in natura, de conformidad con el artículo 1.266 CC.

personalísimas, intuito personae o infungibles[21] (debe ser cumplida por el deudor en atención a sus caracteres personales o profesionales, se extingue con la muerte). Las últimas son comunes en el ámbito artístico, literario y algunas profesiones (médico[22], abogados, etc.)[23]. Las obligaciones de hacer por lo general son fungibles pues el interés del acreedor se satisface con la actividad prometida inicialmente, sin importar la persona que la ejecute[24].

Atendiendo a la finalidad que debe lograr el deudor, las obligaciones de hacer pueden ser *de resultado* (arreglar un objeto) por oposición a obligaciones *de medio o de diligencia*[25] (por el fin perseguido, según se obligue a una prestación precisa o no garantice resultado sino una conducta debidamente diligente); tal es el caso generalmente[26] del médico o del abogado[27] que en un tratamiento o un juicio no deben garantizar la curación o el éxito, sino el colocar la diligencia y pericia necesaria para tratar de obtenerlo. Sin perjuicio que tales profesionales puedan existir también obligaciones de resultado como una intervención quirúrgica o la redacción de un documento. En tales obligaciones de medio y de resultado, es importante la diferencia en cuanto el régimen de la prueba de la culpa: esta última se presume en las obligaciones de resultado[28]. La actuación del profesional no siempre es

---

[21] Véase: Lagrange, *Apuntes*...; Vidal Olivares, Álvaro R., *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre el incumplimiento.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños.* Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 155, una obligación será fungible cuando su objeto sea recíprocamente sustituible o intercambiable por otro, sin lesionar la efectiva satisfacción del interés del acreedor (también en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/D122D0645/3/.../306729); Catalá Coma, Chantal: *Ejecución de condenas de hacer y no hacer.* Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 88, fungibilidad es sinónimo de sustitución y por tal una conducta o cosa es fungible cuando se puede sustituir e infungible en caso contrario; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.,* p. 135, en la prestación de hacer fungible es indiferente la persona del acreedor. Contrariamente es infungible cuando existe un *intuitu personae*.

[22] Véase: Fuenmayor García, José A.: *La exención de la responsabilidad del médico inducida.* En: Revista de la Facultad de Derecho la Universidad Católica Andrés Bello Nº 53, 1998, p. 42, la obligación del médico es de prudencia y "diligencia", http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/53/UCAB_1998_53_42-37.pdf.

[23] Su incumplimiento a diferencia de las obligaciones ordinarias solo permiten al acreedor conformarse con el resarcimiento de daños y perjuicios. Véase: Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 66, es común en el ámbito del arte, artesanía o determinadas profesiones como arquitectura, abogacía, medicina, etc.

[24] Vidal Olivares, *El incumplimiento de obligaciones...,* p. 157.

[25] Véase: Silva-Ruiz, *ob. cit.*, p. 13; Martínez Cárdenas, Betty Mercedes: *La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 899-914.

[26] Decimos generalmente pues en ambas profesiones pueden mediar obligaciones de "resultado" como una intervención quirúrgica estética o la realización de un documento. Véase respecto del médico: Silva-Ruiz, *ob. cit.*, p. 15.

[27] Véase sobre éste: Mélich Orsini, José: *La responsabilidad civil del abogado.* En: Revista de Derecho Nº 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000, pp. 41-55.

[28] Mientras que en las de medio se tendría que probar la culpa. Véase: Pizarro Wilson, Carlos: *La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento de las obligaciones de medio o de diligencia.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños.* Colección Textos de Jurisprudencia.

de resultado: en ocasiones solo se compromete con el esfuerzo necesario, siendo el resultado incierto[29]. No ha faltado quien reseñe la insuficiencia de la distinción especialmente ante el caso de talleres de reparación o las obligaciones médicas, por lo que los criterios no resuelven todas las hipótesis, dando lugar a la creación de categorías intermedias[30]. Precisamente se propugna el abandono de tal distinción en el terreno probatorio[31].

Vale recordar en materia de obligaciones de dar o hacer el artículo 1269 del CC a los efectos de la constitución de la mora, así como la remisión al cumplimiento forzoso o judicial en especie a falta de cumplimiento voluntario del deudor[32].

Las obligaciones **negativas**[33], **omisivas** o de **inactividad**, para algunos, limitadamente de no hacer[34] (la cual es solo una de sus modalidades) suponen una prestación que consiste en la no realización o no ejecución de alguna conducta que "el deudor podría lícitamente hacer si la obligación no existiera". El deudor se abstiene de hacer algo que "sin la existencia del vínculo le estaría permitido". En consecuencia, tal obligación no rige en aquellos supuestos en que existe un deber de omisión por imperativo legal[35]. Constituye una manifestación del principio de autonomía de la voluntad y por ende una restricción a la libertad, que ha de ser proporcional y justificada, a fin de

---

Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 395-405, tratándose de las obligaciones de resultado, la culpa carece de función, siendo sólo relevante si la obligación fue satisfecha o no, excluyéndose un análisis del comportamiento del deudor; Silva-Ruiz, Pedro F.: *Apuntes para el estudio de la contractualización de la responsabilidad civil médica y las obligaciones de medio y de resultado en derecho puertoriqueño y derecho comparado*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-18, www.acaderc.org.ar; Lete del Río, *ob. cit.*, p. 51; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 79-82; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 97-102; Bernad, *ob. cit.*, p. 122; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 267; Madrid Martínez, *Breves consideraciones...*, pp. 513-517; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 115-117; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 78; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 79 y 80; Mélich Orsini, *La responsabilidad civil del abogado*. En: Revista de Derecho Nº 1, Caracas, TSJ, 2000, p. 50, si la obligación incumplida por el abogado es de resultado, ello autoriza al cliente a demandar en daños. En cambio cuando sea de medio, el cliente deberá comprobar la falta de diligencia del abogado.

[29] Xiol Ríos, Juan Antonio: *La responsabilidad civil de los profesionales*. En: Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, Nº 26, julio-agosto 2009, http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-26.

[30] Véase: Martínez Cárdenas, *ob. cit.*, pp. 901-903.

[31] *Ibid.*, p. 907.

[32] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 18-2-09, Exp. 18.614, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1240-18-18.614-15.html .

[33] Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 60-123; Ferrer de San-Segundo, María José: *ob. cit.*; Arce Huaco, Claudia: *Obligaciones de no hacer*, http://www.monografias.com/trabajos89/obligaciones-no-hacer/obligaciones-no-hacer.shtml ; Egusquiza Balmaseda, María Ángeles: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*. Barcelona, Bosh, 1990.

[34] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 342-348.

[35] Verbigracia: el deber de no utilizar la cosa en caso del caso del depositario (CC, art. 1.759) o del acreedor prendario. O por ejemplo cualquier imposibilidad que existe en razón de un deber legal, tales como no entrar a la casa o no usar el vehículo de alguien". Mal podría uno no obligarse a algo que la propia ley le prohíbe indicaba el profesor Lagrange (*Apuntes...*).

no configurar una ofensa a este derecho personalísimo[36]. El carácter "temporal" se torna particularmente importante en las obligaciones negativas pero la "duración" razonable dependerá de la naturaleza de la obligación.

Para algunos la omisión puede tener dos manifestaciones, ya sea de pura y simple inactividad (no hacer) o por otra parte de tolerancia; distinguiéndose así entre obligaciones *in non faciendo* o de abstención y obligaciones *in patiendo* o de tolerancia[37]....". Se coloca como ejemplo de obligación de no hacer el caso del vecino que asume la obligación de no añadirle un piso a la casa o de no levantar una pared. Se colocan otros tantos ejemplos de obligaciones de *no hacer*, tales como los pactos de exclusividad o de abstenerse de realizar alguna actividad (no tomar sol como accesorio al contrato de modelaje), no utilizar las escaleras, no tocar instrumentos a determinadas horas, etc.[38]. Por su parte, constituyen ejemplos de obligaciones negativas de *tolerar* que suponen un permitir o soportar, a saber, permitir el paso del vecino por nuestra propiedad (esta última a su vez, debe distinguirse de la servidumbre negativa que como derecho real produce una prohibición para cualquiera que llegue a ser el propietario, a diferencia de la obligación de no hacer que solo constituye un vínculo frente al acreedor[39]), que se permita utilizar un bien de nuestra propiedad, soportar que se levante una pared que afecte nuestra vista, soportar determinados ruidos, etc.[40].

A ello se agregan las obligaciones de "**no dar**". De allí que en la doctrina patria algunos acertadamente incluyen como manifestaciones de obligación negativa el "*non dare*" o "*no dar*"[41]. Como un ejemplo de esta última se coloca la obligación de no vender o no enajenar pero se aclara que su limitación debe ser justificada y delimitada en el tiempo a fin de no afectar la libre disposición de bienes[42].

---

[36] Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 65-70.

[37] Véase: *ibid.*, pp. 70-84; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 135, Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 76.

[38] Véase Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 77-79, tales como no introducir animales al inmueble alquilado, no tocar el piano o el violín a determinadas horas, no subarrendar el inmueble recibido en arrendamiento (Cfr. CC, art. 1583), la obligación que pueda asumir un artista de no actuar en otro canal televisivo, la del vecino de no levantar una pared o de no cambiar la fachada; la obligación que resulta del compromiso de no efectuar ciertos trabajos; el pacto de exclusividad que se suele incorporar a determinados contratos (suministro, mandato, obra, edición, etc.) que supone la obligación de no realizar a favor de otros una prestación semejante. La doctrina tradicional coloca como ejemplo la obligación negativa de no competencia contraída por el vendedor de un fondo de comercio a los efectos de no quitar al comprador clientela. Aunque ello podría ser susceptible de afectar la libre competencia como lo refirió a propósito de una obligación negativa de "no dar" una decisión de nuestro Máximo Tribunal en Sala Político Administrativa al indicar que dicha cláusula de no vender a un tercero dedicado a la misma actividad constituye una vulneración a la libre competencia (Sent. 01363 de 24-9-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Septiembre/01363-24909-2009-2000-1160.html)

[39] Véase: Domínguez Guillén, *la obligación negativa..*, pp. 74-76.

[40] Véase: *Ibid.*, pp. 74-84.

[41] Véase: Zambrano Velasco, *ob. cit.*, p. 261; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 121; Ferrer de San-Segundo, *ob. cit.*, p. 29, nota 22 y 31; Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 72 y 73.

[42] Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 79 y 80. Véase: artículo 1267 CC en materia de hipoteca prohíbe tal pacto en caso de préstamo con hipoteca.

1.2. *Según el desarrollo de las obligaciones en el tiempo,* las obligaciones pueden distinguirse en obligaciones **DE TRACTO ÚNICO Y DE TRACTO SUCESIVO**[43]. Las obligaciones pueden nacer para ser ejecutadas de modo completo e instantáneo o para tener una vida larga con sucesivos cumplimientos parciales[44]. Las obligaciones de tracto único o *instantáneas* se agotan en un sólo acto, esto es, la prestación que debe cumplirse en un acto único o aislado (ejemplo es la compraventa)[45]. Por oposición, existen las obligaciones de *tracto sucesivo*[46] *o duraderas,* cuyo cumplimiento se proyecta en el tiempo. A su vez, éstas pueden ser *continuadas*[47] *y periódicas*[48] (según se trate de una serie de actos sucesivos sin interrupción o eventuales, respectivamente). Larenz alude a "relaciones de obligación duraderas" para referirse a aquellas cuyo desenvolvimiento no se agota en una sola prestación sino que supone un período de tiempo más o menos largo[49].

1.3. *Atendiendo a la individualización del objeto debido,* las obligaciones pueden ser **ESPECÍFICAS** o **GENÉRICAS**[50]. Las obligaciones específicas recaen sobre una cosa única e irremplazable, en términos tales que el acreedor sólo con ella, y no con otras alcanza la satisfacción de su interés[51]. En las primeras, la cosa está individualmente determinada (por ejemplo entregar un automóvil marca Fiat, matrícula ACN 567). En tanto que las obligaciones genéricas son aquellas en que la cosa objeto de la prestación es precisada en atención al "género" o clase a la que pertenece (por ejemplo, un caballo, un carro, 10 kilos de trigo o de caraotas, etc.). En las obligaciones genéricas las cosas son determinables en el sentido que, *a posteriori,* se precisa de un acto de individualización o especificación dentro del género al cual

---

43 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, pp. 52 y 53; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 56 y 57; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 121; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 50 y 51, denomina "aisladas" las de tracto sucesivo y "reiteradas" las de tracto sucesivo; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 39.

44 Sánchez Jiménez, Roberto: *El riesgo imprevisible en la vida del derecho privado.* Madrid, Edit. Caro Raggio, s/f., p. 21.

45 Indica Lete que en opinión de Enneccerus considera que la prestación instantánea puede también comprender varios actos aislados.

46 Véase a propósito de la jubilación: Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 2011, Exp. AP42-R-2008-000506, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2011/diciembre/1478-8-AP42-R-2008-000506-2011-1923.html "obligaciones de tracto sucesivo, lo que se traduce, en el hecho que la relación jurídica que subyace a la misma se perfecciona –en términos temporales– constantemente y subsistirán en un tiempo prolongado".

47 Ejemplo: arrendamiento, comodato.

48 Ejemplo; contrato de suministro o contrato de trabajo, o de prestación de servicios periódicos.

49 Larenz, *ob. cit.*, p. 41.

50 Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 52 y 53; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 287-295; Lete del Río, *ob. cit.*, pp. 53-57, Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 103-105; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 121; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 57-59; Álvarez Olalla y otros, *ob. cit.*, pp. 44-46; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 271-273; López López y otros, *ob. cit.*, pp. 81-83; Larenz, *ob. cit.*, pp. 161-167 (obligación genérica); Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 38-40; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 46-52; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 74-78; Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 79 y 80.

51 Vidal Olivares, *El incumplimiento de obligaciones...,* p. 155.

pertenece. Generalmente la clasificación aplica a las obligaciones de dar pero bien puede extenderse a las de hacer cuando no son personalísimas[52].

La distinción también es importante respecto de la "pérdida de la cosa debida" o la imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor, que aplica a las cosas específicas pues el género nunca perece. "El paradigma de la cosa fungible" o genérica es el dinero[53], pues éste nunca perece. Así mismo, la obligación genérica puede ser cumplida en vía de ejecución a costa del deudor[54]. En las obligaciones genéricas no aplica el principio de transferencia consensual de la propiedad (CC, 1161), sino que el paso de la propiedad ocurre precisamente por efecto de la especificación del contenido de la obligación genérica (1475); por aplicación de dicha norma y el 1344 CC se indica que el género nunca perece[55]. La obligación genérica delimitada o de género delimitado constituye una especie de la obligación genérica; consiste en la obligación de entregar cosas de entre cierta existencia o provisiones, en la cual se debe un número de objetos o una cantidad[56], como sería el caso de una determinada cosecha de vinos.

1.4. *Atendiendo a si se trata de una o más prestaciones*, las obligaciones pueden ser **SIMPLES** y **COMPLEJAS**. Refiere Lagrange que la distinción no presenta mayor dificultad: la obligación simple comporta una sola prestación (por ejemplo entregar una cosa) y la obligación compleja supone dos o más prestaciones que están vinculadas entre sí, y la obligación no ha de considerarse cumplida hasta que hayan acontecido todas las prestaciones (por ejemplo administrar un patrimonio ajeno). Otro sector de la doctrina, por su parte utiliza la expresión "obligaciones complejas" para referir aquellas que tienen "pluralidad" de objetos o de sujetos[57]. Zambrano Velasco se refiere a estas últimas con el calificativo de "múltiples"[58].

1.5. *Según la pluralidad del objeto o prestación*, las obligaciones pueden ser **CONJUNTIVAS, ALTERNATIVAS O FACULTATIVAS**[59].

---

52 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 54.

53 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 73.

54 Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 143.

55 Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 295.

56 Larenz, *ob. cit.*, p. 165.

57 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 253-271, el autor incluye en las mismas la clasificación relativa a las obligaciones conjuntivas y potestativas (por el objeto) y las solidarias y mancomunadas (por los sujetos) que nosotros referiremos de seguidas; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 337, las obligaciones complejas pueden ser en razón del objeto (conjuntivas, alternativas, facultativas e indivisibles) y en razón de los sujetos (mancomunadas y solidarias).

58 Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 268, obligaciones múltiples o con pluralidad de prestaciones, son aquellas que tiene por objeto la prestación de varias cosas o varias prestaciones. Agrega que pueden ser acumulativas, alternativas y facultativas.

59 Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 253-262; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 57 y 58 y 253-256; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 99-101; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 95-100; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 175-183; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 268-287; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 137-140; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 62-66; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 261-264; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III,

Las obligaciones **conjuntivas o acumulativas** recaen sobre varios objetos debiéndose todos estos, es decir, el deudor se libera entregando todos los objetos en su pluralidad o en su conjunto (por ejemplo la obligación de entregar el sofá, el comedor con su mesa y sillas y los cuadros)[60]. No cabe pretender excluir de la obligación algún objeto porque la obligación se cumple con la pluralidad o totalidad de objetos pactados. En la obligación acumulativa el deudor debe al mismo tiempo dos o más prestaciones. La obligación es una pero el deudor se obliga a varias prestaciones. La pluralidad de prestaciones no determina una pluralidad de obligaciones[61].

La obligación **alternativa**[62] **(o disyuntiva)** es aquella que se determina entre un conjunto de objetos posibles establecidos al constituirse la obligación y cuya especificación o elección corresponde al deudor si no se establece lo contrario[63]. Cuando el obligado debe ejecutar una entre varias prestaciones, la obligación se llama alternativa[64]. Es aquella en que la prestación debida consisten en una de las dos o más previstas al constituirse la relación obligatoria[65]. Supone que han sido previstas varias prestaciones, pero en forma disyuntiva, de manera que el deudor deberá cumplir solamente una de ellas[66]. En ella aparecen varias prestaciones previstas en la obligación aunque de todas ellas, sólo una debe ser objeto de cumplimiento, todas son indistintamente objetos posibles de la obligación[67]. Por lo que se trata de una sola obligación en la que se debe una sola prestación aunque inicialmente parece indeterminada[68]. Tales obligaciones suponen varios objetos pero no en su conjunto, sino que el deudor cumple ejecutando alguno o varios de ellos (no todos, pues en tal caso se trataría de una obligación conjuntiva).

---

pp. 307 y 308; López López y otros, *ob. cit.*, pp. 83-85; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 41-44; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 440-447; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 745 y 746.

[60] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 95.

[61] Lagrange, *Apuntes*...

[62] Véase: Rams Albesa, Joaquín, *Obligaciones Alternativas.* Pamplona-España, Civitas-Thomson Reuters, 2ª edic., 2012; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1197 al 1220.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 333-408; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 95-99; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 254-260; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 73-80; Dominici, *ob. cit.*, pp. 664-674; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 8-16; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 59-62; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 148-152; Álvarez Olalla y otros, *ob. cit.*, pp. 46-48; Larenz, *ob. cit.*, pp. 167-171; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 39-44, Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 83-86, Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 80-83.

[63] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 75.

[64] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 39.

[65] Catalá Coma, *ob. cit.*, p. 96, lo característico es que el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones extingue el vínculo obligatorio.

[66] Diez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 145.

[67] *Ibid.*, p. 146.

[68] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 96.

El deudor se obliga a dar o hacer varias cosas pero el pago de una de ellas, lo absolverá de todas las demás[69]. La obligación alternativa supone como su denominación lo denota una "opción" o una "alternativa" dentro de varias que componen la prestación. El deudor se liberta con la entrega de una de las cosas de conformidad con el artículo 1.216[70] CC. Se afirma que en ella "existen varias prestaciones en la obligación y una sola en el cumplimiento; sin embargo, esto no es del todo exacto, pues más que diversas prestaciones existen diversas posibilidades de cumplimiento de la obligación, ya que entre las varias prestaciones originariamente sólo se debe una"[71] o varias, de la totalidad de opciones.

Su utilidad práctica es evidente desde una doble perspectiva: "de una parte, facilitan la concentración en todos aquellos casos en que el interés del acreedor o del deudor necesita de una cierta flexibilidad...y, de otra, aumenta la garantía, pues para la extinción de la obligación alternativa es preciso que perezcan o se destruyan todas las cosas objeto de la prestación sobre las que era posible elegir"[72]. Se pueden ofrecer múltiples ejemplos de pluralidad de obligaciones que permiten combinar las obligaciones conjuntivas, con las alternativas y facultativas: en cuanto a obligaciones de dar se puede pactar dar una cantidad de dinero, o un caballo y un carro. Respecto de las obligaciones de hacer se podría pactar pintar un cuadro, hacer una escultura o hacer un vitral. En cuanto a obligaciones negativas se puede pactar no tocar el piano, no hacer fiestas o no tocar el violín.

Las obligaciones alternativas no son de uso corriente en la práctica contractual cotidiana[73]. La obligación alternativa, se trata de una prestación única en que el deudor se liberará por el cumplimiento de una de ellas[74]. El fenómeno de la "concentración" es aquél por el cual el objeto de la obligación alternativa inicialmente indeterminado queda especificado de modo definitivo, que puede ocurrir en el momento del pago o en un momento previo a éste en que se opte por la prestación escogida. Momentos que algunos distinguen de la "elección"[75]. La concentración puede tener lugar de cualquier forma en que pueda ser individualizable la prestación[76].

---

69 Pothier, *ob. cit.*, p. 131.

70 El cual dispone: "*El deudor de una obligación alternativa se liberta con la entrega de una de las cosas separadamente comprendidas en la obligación; pero no puede obligar al acreedor a recibir parte de la una y parte de la otra*".

71 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 57, cita a Hernández Gil.

72 *Idem.*

73 Rams Albesa, *ob. cit.*, p.13.

74 Lagrange, *Apuntes...*

75 Véase: Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 41, momentos esenciales en la vida de la obligación alternativa son la elección y la concentración. La elección es el acto por el cual se decide cuál es la prestación, entre las varias pactadas como posibles. Una vez realizada en forma la elección, se produce la concentración, censando la indeterminación y convirtiéndose en obligación simple; Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 81.

76 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 41.

El artículo 1.217 del CC dispone: "*En las obligaciones alternativas la elección pertenece al deudor, si no ha sido expresamente concedida al acreedor. Si la elección debe ser hecha por varias personas, el Juez puede señalar un plazo para que se acuerden y hagan la declaración de su elección. A falta de declaración en el tiempo fijado, la elección será hecha por el Juez. Cuando el deudor, condenado alternativamente a la entrega de una de varias cosas, no cumple su obligación, el acreedor puede hacerse poner en posesión de una cualquiera de ellas, a su elección, salvo para el deudor el derecho de libertarse entregando en ese momento al acreedor cualquiera de las otras. Si la elección corresponde al acreedor, y éste no la ha ejercido después del vencimiento de la obligación, el Juez, a solicitud del deudor, le acordará un plazo, transcurrido el cual la opción la ejercerá el deudor*".

La norma regula las opciones de elección de la obligación alternativa –a falta de previsión contraria de las partes, pues se admite que se trata de una norma dispositiva– dándole prioridad al deudor en la elección[77]. Por acuerdo expreso (que no necesariamente implica "escrito") de las partes, la opción pudiera corresponder entonces al acreedor o a un tercero o a varios. La citada norma prevé que en el último supuesto, el Juez puede señalar un plazo que de no ser cumplido hará que sea el Juzgador quien tome la decisión. Así mismo, la norma regula también la suerte de la elección atribuida al deudor que no sea cumplida por éste, en cuyo caso se prevé la posibilidad de elección al acreedor de ponerse en posesión de cualquiera de ellas. Esto es, la ley sanciona la inercia del deudor trasladando la escogencia al acreedor. Igual suerte corre el acreedor cuando la selección le corresponde a él y no la ha ejercido, supuesto en el cual el Juzgador luego de asignarle un plazo, le dará la opción al deudor.

El artículo 1.218 CC dispone: "*Si sólo una de las cosas prometidas alternativamente subsiste para el momento de la exigibilidad, la obligación es pura y simple. De igual manera se considerará pura y simple la obligación, cuando sólo una de las cosas prometidas puede ser objeto de obligación. El precio de la cosa que subsiste o que puede ser objeto de la obligación, no puede ser ofrecido en su lugar. Si todas las cosas han perecido y una lo ha sido por culpa del deudor, éste debe pagar el precio de la última que pereció*".

El artículo 1.219 CC prevé el supuesto de que la elección corresponda al acreedor: "*Cuando la elección corresponde al acreedor, si han perecido todas las cosas menos una sin culpa del deudor, el acreedor debe recibir la que subsista; si han perecido por culpa del deudor, el acreedor puede exigir*

[77] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 256, "establece la norma a quién corresponde la facultad de elección en las obligaciones alternativas. A falta de estipulación contraria, presume la ley que las partes han querido que sea el deudor quien tenga la facultad de elección, lo cual es absolutamente lógico. La estipulación contraria por la cual las partes acuerden que la elección corresponde al acreedor, debe ser expresa. Expresa no quiere decir escrita. "Expresa" quiere decir que las partes hayan exteriorizado su voluntad de que la elección corresponda al acreedor (aunque lo hayan hecho verbalmente), no pudiendo deducirse una voluntad sobreentendida (tácita) de las partes".

la que subsista o el precio de cualquiera de las otras. Si han perecido todas, ya sea que todas lo hayan sido por culpa del deudor, ya que unas lo hayan sido y otras no, el acreedor puede exigir el precio de cualquiera de ellas".

Finalmente, la norma del artículo 1.220 CC contiene una referencia expresa a la pérdida de la cosa debida: "*Si las cosas han perecido sin culpa del deudor y antes que haya habido mora de su parte, la obligación se extingue de conformidad con el artículo 1344*". Tratándose de cosas específicas, el perecimiento de todos los objetos, sin culpa del deudor, lógicamente extingue la obligación de éste. Esta norma no es más que una aplicación específica del citado artículo 1344 CC.[78]

Las obligaciones **facultativas**[79] son aquellas en que el deudor está obligado a una determinada prestación que constituye el objeto de la relación obligatoria, pero tiene la "facultad" de cumplir realizando otra prestación previamente establecida distinta a la debida[80]; mientras que el acreedor puede exigir únicamente el objeto debido. Se trata de obligaciones con una prestación única, por lo que si el objeto debido perece, la obligación se extingue y el deudor no podrá ser compelido por el acreedor a realizar la que estaba facultado[81]. Porque tal facultad era exclusiva del deudor. Cuentan con un solo objeto, si bien se concede a título de gracia al deudor la facultad de cumplir con un objeto distinto, pudiendo elegir entre uno y otro, mientras que el acreedor solo puede reclamar el objeto debido[82]. Por ejemplo, el deudor se obligó a dar un perro pero puede liberarse entregando un gato.

Las obligaciones facultativas no están expresamente referidas en el Código Civil a propósito de la clasificación de las obligaciones[83], pero la doctrina las acepta por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, señalando que son aquellas en que el objeto debido es uno solo pero las partes pactan *ab initio*, la posibilidad del deudor de liberarse de su obligación con el cumplimiento de otra prestación distinta a la debida.

La obligación facultativa pareciera tener varios objetos pero en realidad tiene uno solo. De allí que acertadamente se afirme que tales obligaciones no presentan mayor garantía para el acreedor. Entre sus caracteres la doctrina ubica: sólo el deudor tiene la facultad de liberarse con un objeto distinto al debido por lo que no constituye mayor garantía para el acreedor, a diferencia de la obligación alternativa; si sobreviene la imposibilidad por

---

78 *Ibid.*, p. 260.

79 Refiere Lagrange (*Apuntes*...) que el CC no contiene ninguna norma respecto de ellas. Véase sobre éstas: Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 99 y 100; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 16-21; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 62-63; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 44-46; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 86 y 87; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 83.

80 Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 44 y 45; Catalá Coma, *ob. cit.*, p. 98; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 746.

81 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 60.

82 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 99,

83 Lagrange, *Apuntes*...

causa extraña no imputable, el deudor queda liberado. El objeto distinto al principal debe haber sido previamente señalado porque de lo contrario (de ser a *posteriori*) estaríamos en presencia de una "dación en pago"[84]. Pues *al constituirse* el vínculo obligatorio es cuando se le otorga al deudor la facultad de liberarse mediante una prestación distinta[85]. La dación en pago se diferencia sustan-cialmente de la obligación facultativa según veremos[86]. Para algunos puede tener origen convencional o legal[87].

1.6. *Obligaciones fungibles e infungibles*[88]

La fungibilidad figura entre las más evanescentes calificaciones jurídicas. El CC venezolano no utiliza dicha palabra pero es evidente que en diversos institutos recurre a paráfrasis que implican el concepto, en materia de mutuo (1735 CC), compensación (1333 CC), cumplimiento de pago por tercero (1283 y 1284 CC) y pérdida de la cosa debida (1344 CC).

La distinción está dominada por la importancia cuantitativa de los bienes: se precisa que en las cosas fungibles las características individuales, aun cuando existan son insignificantes y que se trata de cosas socialmente idénticas; lo infungible recae sobre la dimensión cualitativa individualmente diferenciada[89].

Si se parte del significado literal del adjetivo "fungible" aplicado a las cosas que es del de sustituible, como parece admitirlo nuestro CC (CC, art. 1333, sustituirse las unas y las otras; 1735 de la misma especie y calidad) es tarea del Jurista buscar el concepto de "sustituibilidad o insustituibilidad". Con base a ello, puede decirse que de acuerdo con nuestro Código Civil que "son fungibles aquellas cosas que pueden ser sustituidas unas por otras en los pagos, e infungibles cuando no puede ocurrir tal sustitución sin alterar el valor de lo que se paga, es decir, la utilidad que el acreedor obtiene del pago". La posibilidad de sustituir una cosa por otra queda establecida con fundamento a un criterio de naturaleza económica: la valoración que se hace de las cosas en la vida cotidiana. Las cosas fungibles se consideran cosas de la misma especie que pueden en los pagos sustituirse las unas a las otras[90].

---

[84] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 260 y 261.

[85] Véase: Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 308, no existe aquí más que una sola prestación, pues si el objeto debido llega a perecer por caso fortuito la obligación se extingue; el deudor no debe la cosa que tenía la facultad de entregar para liberarse.

[86] Véase *infra* tema 18.3.1; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 83; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 446, la dación en pago es un pago con una prestación diversa a la debida, en tanto que en la obligación facultativa se autoriza al deudor a que en el futuro pague con una prestación distinta si lo desea.

[87] Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 99 y 100, coloca como ejemplos de este último (legal) los artículos 288, 572, 730 y 762 del CC y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. Aunque algunos ven estas como una dación en pago en virtud de la ley.

[88] Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 263-266.

[89] *Ibid.*, p. 263.

[90] *Ibid.*, p. 264.

Tratándose de cosas fungibles, para el acreedor es indiferente recibir una u otra en el pago, pues en definitiva obtiene la misma utilidad económica. Si se trata de cosas infungibles, la sustitución de una cosa por otra altera el valor del pago y el acreedor puede rechazar la cosa. En general, se califican como fungibles el dinero y las mercancías del mismo género y calidad; los ejemplares de un libro nuevo. Y como infungibles: los inmuebles, una estatua o un cuadro con valor artístico y en general todo aquello que merezca consideración por sus particulares características.

La calificación en materia de Obligaciones tiene en cuenta la posibilidad de que otra persona sustituya al deudor en el cumplimiento. Si un tercero puede sustituir al deudor en la ejecución de la prestación, ésta es fungible. La prestación es infungible cuando solamente puede ser cumplida por el mismo deudor (CC, art. 1284). Estas últimas se denominan también "*personalísimas*". Importante en las obligaciones de hacer y eventualmente puede ocurrir en las de dar. La infungibilidad puede resultar de la prestación misma (por ejemplo la ejecución de un cuadro artístico) o de lo que pudiere establecerse en el título constitutivo de la obligación. Puede ocurrir que una prestación de naturaleza fungible sea infungible por disposición[91] de las partes o de quien constituya la relación obligatoria (testador), como también puede ocurrir lo contrario, es decir, que una prestación infungible en sí misma, se considere fungible.

2. En razón de si están sometidas o no a modalidad (condición o término)[92]

Atendiendo a si las obligaciones están sometidas o no a modalidad, se clasifican en obligaciones *puras y simples* por oposición a obligaciones *sometidas a modalidad*, que pueden ser la "*condición*" y el "*término*". "De ahí la clasificación de las obligaciones en puras, condicionales y a término"[93]. En las relaciones obligaciones puras y simples, el acreedor puede exigir el cumplimiento inmediatamente al nacimiento de la obligación a tenor de la norma del artículo 1.212[94] del CC. Esto es, "*son obligaciones puras aquellas cuya eficacia no se encuentra sometida a ninguna modalidad: ni condición, ni a término, pudiendo exigirse su cumplimiento de modo inmediato*".

Sin embargo, se suele aclarar que a veces el deudor necesitará de un tiempo prudencial al requerimiento para poder satisfacer la obligación, por lo que no es del todo acertado referirse a "cumplimiento inmediato", sería

[91] *Ibid.*, p. 265.

[92] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 47-49 y 233-251; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 56 y 57 y 235-251; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 129-174; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 113-136; López López y otros, *ob. cit.*, pp. 95-107.

[93] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 82.

[94] "*Cuando no haya plazo estipulado, la obligación deberá cumplirse inmediatamente si la naturaleza de la obligación, o la manera como deba ejecutarse, o el lugar designado para cumplirla, no hagan necesario un término, que se fijará por el Tribunal. Si el plazo se hubiere dejado a la voluntad del deudor, se fijará también por el Tribunal*".

más bien "requerimiento inmediato" que en ocasiones precisará, según las circunstancias, un tiempo razonable para hacer efectiva la obligación por parte del deudor[95].

Por su parte, las obligaciones sometidas a condición o término dependen de la condición o del término, ya sea para su nacimiento o para su extinción. En cuanto a la diferencia –que veremos de seguidas– entre "condición" y "término" y estudiaremos separadamente, vale simplemente adelantar que una afecta la "existencia" de la obligación y otro la "exigibilidad", respectivamente, aunque ambos son acontecimientos "futuros", pero la condición es "*incierta*", esto es, no se sabe si afectivamente acontecerá, en tanto que el "término" es "cierto" en el sentido de que se sabe *ab initio* que acontecerá aunque pueda no saberse exactamente cuándo. El término es como la muerte, acontecerá indefectiblemente aunque no sepa exactamente cuándo. Como ejemplo de obligaciones sometidas a condición y a término, se coloca: "Te pagaré cuando te gradúes" y "te pagaré el 30 de agosto", la primera es condicional, la segunda es a término. De la condición y el término, refiere Rodríguez Ferrara las partes pueden hacer depender determinados efectos de la relación obligatoria; básicamente: el nacimiento, cumplimiento o extinción de la misma[96]. La condición es una modalidad más enérgica que el plazo[97].

2.1. *Obligaciones condicionales*[98]

2.1.1. *Noción*

Dispone el artículo 1.197 CC: *"La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto"*. La condición, es pues, un acontecimiento futuro e incierto que a diferencia del término, es determinante respecto de la existencia misma de la obligación y no solo sobre su exigibilidad[99]. De la citada norma se derivan las notas o características esenciales de la obligación condicional, esto es la dependencia de un acontecimiento "futuro" e "incierto". La expresión "futuro" supone simplemente un evento que está por venir, que no ha acontecido todavía y acontecerá con posterioridad a preverse o contraerse la obligación.

---

[95] Según veremos *infra* tema 9.

[96] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 224.

[97] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 668.

[98] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1197 al 1220.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 13-217; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 235-245; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 223-241; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 110-120; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 94-99; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 325-330; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 60-70; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 489-513; Dominici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano (Reformado en 1896).* Caracas, Ediciones JCV, 1951, T. II, pp. 623-656; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 111-144; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 186-216; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 221-230; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 290-302; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 100-107; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 82-86; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 99-109; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 169-183; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 414-420.

[99] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 281 y 290.

Aclara la doctrina, que si bien se afirma que el acontecimiento ha sucedido ya no puede constituir condición, por depender ésta de la voluntad de las partes, podrían presentarse casos de acontecimientos ya realizados que constituyan una condición si las partes desconocen el evento: todo depende de la forma como las partes lo hayan expresado y de su intención. Por ejemplo, obligarse a pagar una cantidad de dinero si el número de edificios fabricados en Caracas en 1934 fue inferior a cien; en tal caso el acontecimiento no es futuro, pero su determinación sí lo es[100]. De allí que también pueda referirse a un suceso pretérito que los interesados ignoren[101] pues si el acontecimiento es pasado, la incertidumbre es subjetiva[102]. Los sucesos pasados nunca pueden ser objetivamente inciertos pues su ocurrencia o no ya ha tenido lugar; por lo que resta es si las partes ignorantes aún llegasen a constatar su realización[103]. Pero para que pueda hablarse de obligación sometida a condición es de esencia que al momento de contraer la misma no se tenga la seguridad de que se van a producir sus efectos[104]. Tan pronto como la condición se cumple queda despejada la incertidumbre y purificada la obligación[105].

La referencia a "incierto" –como se indicó– constituye la diferencia fundamental con el término, pues la "incertidumbre" es característica de la condición: no se sabe previamente o cuando se le considera si efectivamente llegará o no a acontecer. No existe seguridad de que el evento ocurrirá, pues de ser así estaríamos ante un término aunque fuera "incierto" por no tener fecha exacta. Pues veremos que el término cierto sí alude a una fecha precisa. De tal suerte que lo "cierto" del término no viene dado por la fecha en qué acaecerá, que bien podría no saberse por anticipado sino que efectivamente acontecerá aunque no se sepa cuándo. Tal característica es ajena por esencia a la condición, la cual es incierta, no se sabe si acontecerá. Como ejemplo de condición se puede colocar: te venderé mi casa si Venezuela gana alguna medalla en los juegos olímpicos, evento que amén de futuro es "incierto", pues no se sabe si ello llegará a acontecer; puede que sí como podría ser que no. La "incertidumbre" es la esencia de la condición: donde hay certeza de la ocurrencia del evento no existirá condición sino término. Podemos ofrecer muchos más ejemplos: te alquilaré mi casa si mi hijo se casa, si mi esposo se gradúa, si Venezuela gana el mundial de fútbol, si te gradúas de médico, si apruebas la asignatura, etc.

"El establecimiento de una condición influye sobre la existencia misma de una obligación y no sólo sobre la exigibilidad como ocurre con el térmi-

[100] Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 326, agrega el ejemplo de que se someta una obligación a la condición de que el hijo de una determinada mujer sea varón. Pudiere el sexo estar determinado con anterioridad pero las partes no podrán saberlo sino en el futuro.

[101] ÁLVAREZ OLALLA, Pilar y otros, *ob. cit.*, p. 66.

[102] *Ibid.*, p. 67; LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 101.

[103] PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 171.

[104] *Ibid.*, p. 169.

[105] *Ibid.*, p. 177.

no". La fuente de una condición es siempre la voluntad de las partes en el contrato o la voluntad del testador en el acto testamentario. Nos referimos a la verdadera y propia condición (*condicio facti*) o condición de hecho pues la condición de derecho (*condicio iuris*) no constituye una condición propia y verdadera. La condición es un elemento accidental del negocio jurídico que puede añadírsele o no; el negocio se concibe sin condición y por eso se alude a modalidad o elemento accidental[106].

2.1.2. *Condición suspensiva y condición resolutoria*

Según que la condición haga depender el *nacimiento* o la **extinción** de la relación obligatoria o del contrato, se afirma que sería *suspensiva* o *resolutoria*, respectivamente[107]. Esto es, si el nacimiento de la obligación depende de una condición, ésta será suspensiva, en tanto, que si la extinción de la relación obligatoria depende de la condición, ésta será resolutoria.

"En el caso de la condición suspensiva el derecho a exigir el cumplimiento del contrato no ha nacido, encontrándose en suspenso, hasta que el hecho "futuro e incierto" se verifique[108]. "Una de las circunstancias que caracterizan la existencia de alguna obligación sometida a condición suspensiva, es que antes de verificarse el hecho futuro e incierto, la obligación es inexistente, quedando supeditado su nacimiento a la verificación de dicha condición. De esta manera, resulta claro mencionar que hasta que no se materialice el hecho futuro e incierto que constituye a la condición, no es posible hablar de obligación alguna, y por argumento en contrario, no es posible hablar de condición suspensiva cuando exista una obligación determinada"[109].

Al efecto indica Lete que "son condiciones suspensivas aquellas de las que se hace depender el *nacimiento* de la obligación; y son resolutorias aquellas de las que se hace depender la *extinción* de una obligación". El autor la considera la más importante de las clasificaciones relativas a la condición[110].

Dispone el artículo 1.198 del CC: "*Es suspensiva la condición que hace depender la obligación de un acontecimiento futuro e incierto. Es resolutoria, cuando verificándose, repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído*".

Dicha norma distingue entre obligación sometida a condición suspensiva y obligación sometida a condición resolutoria o final. En la condición suspensiva[111], el derecho del acreedor no llega a nacer mientras la condición

---

106 Lagrante, *Apuntes*...

107 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 229.

108 TSJ/SCC, Sent. Nº 0030 del 22-1-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Enero/RC-0030-240102-00967.htm.

109 Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Transito de La Circunscripción judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-5-08, Exp., 8033, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/2146-9-8033-.html.

110 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 83.

111 Véase: Arija Soutullo, Carmen: *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*. Granada-España, Comares, 2000.

está en estado de pendencia; sólo será exigible cuando la condición resulta cumplida[112]. Esto es, la obligación no nace, a saber, queda en "suspenso" –y de allí su denominación– hasta tanto no se verifica la condición. Cuando acontezca la condición que estuvo en suspenso nace propiamente la obligación. Ejemplo: Te venderé mi casa si Venezuela gana una medalla en los juegos olímpicos; te alquilaré mi apartamento si te gradúas de abogado; te daré 10.000 bolívares si obtienes veinte puntos en el examen final de Obligaciones; te obsequiaré un carro si te gradúas de abogado antes de los 25 años. Comenta Rodríguez Ferrara que mientras no se verifique la condición no existe la obligación de vender o de dar "pero sí tiene una obligación de contenido distinto; el sujeto está obligado (de manera latente, si se quiere) a vender su casa si la condición se verifica. Con el contrato celebrado en el primer momento surge una obligación para el sujeto: la de vender su casa si se verifica la condición. Pero esta última obligación (la de vender la casa) no nace mientras la condición no se verifique". Y si la condición no se verifica, la obligación nunca nacerá. De allí que se diga que, pendiente la condición, el deudor no está obligado"[113].

El artículo 1.203 del CC regula la suerte de la cosa específica que perece o se deteriora cuando ha sido contraída bajo condición suspensiva y la condición efectivamente se cumple[114]. Si está pendiente la condición suspensiva no se tiene derecho a exigir cumplimiento pues la obligación no ha nacido[115]. En la condición suspensiva, la condición no se ha cumplido y ello impide el nacimiento de la obligación. En consecuencia es inexigible, no puede hablarse de prescripción, su pago está sujeto a devolución, no puede ser objeto de compensación legal, según los artículos 1203, 1210 y 788 CC (en tanto que obligación pactada bajo condición resolutoria es exigible inmediatamente). Cuando la condición suspensiva no se verifica dentro del lapso previsto, la obligación no nace; no se admiten los derechos

---

[112] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 83.

[113] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 229 y 230.

[114] "*Cuando la obligación se contrae bajo condición suspensiva, y antes de su cumplimiento perece o se deteriora la cosa que forma su objeto, se observarán las reglas siguientes: Si la cosa perece enteramente sin culpa del deudor la obligación se reputa no contraída. Si la cosa perece enteramente por culpa del deudor, éste queda obligado para con el acreedor al pago de los daños. Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor debe recibirla en el estado en que se encuentre, sin disminución del precio. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor tiene el derecho de resolver la obligación, o de exigir la cosa en el estado en que se encuentre, además del pago de los daños*". Véase sobre dicha norma: *ibid.*, pp. 235 y 236.

[115] Véase: TSJ/SCC, Sent. 0030 de 24-1-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Enero/RC-0030-240102-00967.htm "en el caso de la condición suspensiva el derecho a exigir el cumplimiento del contrato no ha nacido, encontrándose en suspenso, hasta que el hecho "futuro e incierto" se verifique""; Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-5-08, Exp. 8033, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/2146-9-8033-.html "el legislador, configuró la posibilidad de que existieran obligaciones sujetas a condición suspensiva... su exigibilidad depende del cumplimiento de la condición a la que fue sometida; Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 17-11-09, Exp. BH01-V-2003-000069, http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2009/noviembre/1064-17-BH01-V-2003-000069-.html.

por parte del acreedor condicional. Lo que se extingue en realidad es su anterior expectativa[116].

Ahora bien, cuando la extinción de una obligación se hace depender de una condición, ésta es **resolutoria**. Por tal, cuando se verifica dicha condición la obligación se "resuelve", se extingue, finaliza, culmina o acaba. Tal extinción tiene el efecto de reponer las cosas a un estado tal como si la obligación no hubiese existido. La obligación bajo condición resolutoria es eficaz, desde luego, de manera que el acreedor puede exigir el cumplimiento inmediato y el deudor resulta constreñido a realizar la prestación desde el principio. El deudor pasa a ser titular de una expectativa[117]. Por ejemplo, te alquilo mi casa hasta que te gradúes de abogado, te alquilo mi casa hasta que mi hijo regrese del exterior, te presto mi carro gratuitamente mientras te entregan el que compraste. Mientras la condición no se verifique la casa permanecerá alquilada o se seguirá utilizando gratuitamente el carro. Pero cuando se verifique la condición, la obligación culmina o se extingue, debiendo devolverse la casa o el carro. Las cosas vuelven a su estado original o anterior[118]. Dicha obligación habrá desplegado efectos desde su nacimiento[119]. Así lo indica el citado artículo 1.198 CC "*repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído*". Se retrotrae pues la situación al estado inicial antes del cumplimiento de la condición.

Indica el artículo 1.204 CC: "*La condición resolutoria no suspende la ejecución de la obligación; obliga únicamente al acreedor a restituir lo que ha recibido cuando se efectúe el acontecimiento previsto en la condición*". La condición resolutoria según aclara la norma hace efectiva la obligación –no la suspende– sólo opera la restitución una vez se verifique la condición que resuelve la obligación. El efecto sustancial de la condición resolutoria es extinguir la obligación estipulada, pues aunque se hable de "*desaparece*r" hay efectos jurídicos que subsistirán en el tiempo por la propia naturaleza de la obligación por lo que las cosas vuelven a su estado original "en la medida de lo posible"[120].

Esto último se complementa con el artículo 1.209 CC: "*Cumplida la condición, se retrotrae al día en que la obligación ha sido contraída, a menos que los efectos de la obligación, o su resolución deban ser referidos a un tiempo diferente, por voluntad de las partes o por la naturaleza del acto*".

---

[116] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 179.

[117] *Ibid.*, p. 180, durante la fase de pendencia de la condición resolutoria los interesados invierten las posiciones que les corresponderían si la obligación se hubiera estipulado bajo la condición suspensiva.

[118] Véase: Juzgado Primero de los Municipios Alberto Adriani, Andrés Bello, Obispo Ramos de Lora y Caracciolo Parra Olmedo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 5-3-10, http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2010/marzo/964-5-729-10-375.html . La operación de venta con pacto de retracto...destaca la de ser una venta sujeta a condición resolutoria.

[119] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 74.

[120] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 237.

Con base a dicha norma, se le adjudican efectos retroactivos al verificarse la condición tanto a la suspensiva como a la resolutoria pero, en principio, "a menos que la voluntad de las partes o la naturaleza del acto impida volver hacia atrás". En efecto, aclara acertadamente Rodríguez Ferrara que las prestaciones que tuvieron lugar con ocasión de la obligación se mantienen porque de lo contrario se daría un enriquecimiento sin causa, por ejemplo, el pago dado por el canon de arrendamiento[121].

2.1.3. *Condición casual, potestativa y mixta*

Dispone el artículo 1.199 CC: "*La condición es casual, cuando depende enteramente de un acontecimiento fortuito, que no está en la potestad del acreedor ni del deudor. Es potestativa, aquella cuyo cumplimiento depende de la voluntad de una de las partes, y mixta cuando depende a un mismo tiempo de la voluntad de una de las partes contratantes y de la voluntad de un tercero, o del acaso*".

De dicha norma se desprende que la condición *casual* es la que depende de la casualidad, suerte o azar. Por ejemplo, si Venezuela gana una medalla en las olimpiadas o si la Vinotinto gana el próximo juego.

Las condiciones *potestativas* suponen un acontecimiento que depende de la voluntad de una de las partes, a saber, de la voluntad del acreedor o del deudor. Aclara Rodríguez Ferrara que si la condición depende de la voluntad del acreedor el asunto no reviste mayor problemática por no restarle seriedad a la relación obligatoria. Por ejemplo, si te vas a vivir a Italia o si no sales de la ciudad este fin de semana te daré tal cosa.

Pero, pudiera depender de la voluntad del deudor siempre que no dependa exclusivamente de éste o únicamente de la misma. Se alude a condición *simplemente potestativa* en el primer caso y a *puramente potestativa* en el segundo supuesto. Esta última está prohibida a tenor del artículo 1.202[122] CC: "*La obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquél que se ha obligado, es nula*"[123]. Así, ejemplo de la *simplemente* potestativa sería: si me voy a vivir a España te alquilo mi apartamento; si me voy el fin de semana para la playa te prestó mi carro. Ahora bien, ejemplo de una obligación condicional *puramente* potestativa prohibida si está a cargo del deudor, sería "te devolveré la casa si quiero", o "si me parece", o "si me provoca". La condición puramente potestativa es aquella cuya realización depende de la exclusiva voluntad del deudor; "Pagaré, si quiero". Es nula, porque el nacimiento y formación del contrato se encuentra subordinada a la exclusiva voluntad del deudor[124]. Carece de

---

[121] *Ibid.*, pp. 239 y 240; Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 75.

[122] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 231 y 232.

[123] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 327.

[124] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 14.

una verdadera voluntad de obligarse. Ello se ha indicado por ejemplo si la obligación depende enteramente de la voluntad del vendedor[125].

La condición *mixta* como lo indica su denominación y lo explica el citado artículo 1.199 CC *"depende a un mismo tiempo de la voluntad de una de las partes contratantes y de la voluntad de un tercero, o del acaso"*. Se indica que "la condición mixta puede ser de dos tipos: que dependa de la voluntad de una de las partes y de un tercero o de la voluntad de una de las partes y del acaso"[126]. Esto es, la condición mixta estaría representada por ser una mezcla o combinación de la condición potestativa (voluntad de una de las partes) con la voluntad de un tercero (si Fulano me vende su casa te venderé la mía o te alquilo una habitación si me despiden de mi trabajo) y también por una combinación de la voluntad de las partes con el acaso (te vendo mi casa si gana X candidato presidencial o te presto mi carro si pierde el partido la Vinotinto). La voluntad del sujeto obligado no es autónoma en la consolidación de la condición; viene combinada con el azar o con la voluntad de un tercero o de la otra parte.

2.1.4. *Condición positiva y negativa*

Las condiciones pueden ser *negativas* o *positivas* al margen de su natural condición de suspensiva o resolutoria, así como facultativas, causales o mixtas, según se trate de la realización de un hecho (positiva) o de la no realización de un hecho o evento (negativa). Al efecto, comenta Lete que "son *positivas* aquellas en las que la incertidumbre depende de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado. Son condiciones negativas las que, independencia de su formulación gramatical, prevén que no acontezca algún suceso en un tiempo determinado"[127]. La condición positiva o negativa puede ser combinada con cualquiera de las modalidades referidas (suspensivas, resolutorias, mixtas, etc.).

Ejemplos de condiciones positivas, a saber, que suponen la realización de un hecho: si gana Venezuela, si gana fulano las Elecciones, si apruebas la materia, si te gradúas. Por contraste, son ejemplos de condiciones de negativas lo contrario; si no gana fulano, si no te gradúas, si no apruebas la materia.

Sobre el tiempo a transcurrir necesario para que se considere cumplida una obligación con *condición negativa*[128] dispone el artículo 1.207 CC: "*Cuando se ha contraído una obligación bajo la condición de que no suceda un acontecimiento en un tiempo dado, la condición se juzga cumplida cuando*

---

[125] Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-5-08, Exp. 8033, http://caracas.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2008/MAYO/2146-9-8033-.HTML "...y en todo caso, en el supuesto negado en que se considere la obligación de estudio como una condicional, esta sería nula, pues depende enteramente de la voluntad del promitente vendedor".

[126] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 232.

[127] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 84.

[128] Vale recordar que no es lo mismo condición negativa que "obligación negativa", la cual alude a un deber de abstención o tolerancia del deudor.

ha expirado este tiempo sin que el acontecimiento haya sucedido; se juzga igualmente cumplida, si antes del término es cierto que el acontecimiento no debe tener efecto; y si no se ha fijado tiempo, no se tiene por cumplida sino cuando es cierto que el acontecimiento no ha de cumplirse". De lo que se deduce que para considerar que una condición negativa se ha cumplido tendría que atenderse primeramente al tiempo que se ha asignado para que acontezca, pero se considera cumplida antes del término si es evidente que el acontecimiento no acontecerá. Finalmente, es posible que no precise un tiempo o plazo en cuyo caso debe derivarse de las circunstancias que la posibilidad de que tenga lugar ha quedado descartada.

El artículo 1.206 CC indica: "*Cuando una obligación se ha contraído bajo la condición de que un acontecimiento suceda en un tiempo determinado, esta condición se tiene por no cumplida si el tiempo ha expirado sin que el acontecimiento se haya efectuado. Si no se ha fijado tiempo, la condición puede cumplirse en cualquier tiempo, y no se tiene por no cumplida sino cuando es cierto que el acontecimiento no sucederá*". La presente norma en cuanto al plazo de una **condición positiva** sigue el mismo sentido que la norma previamente comentada y prevista en el artículo anterior: de la misma forma si no se estipula plazo para que acontezca la condición se debe respetar salvo que se descarte antes del mismo (por ejemplo, si el avión llega dentro del próximo mes, pero explota); se tendrá por no realizada cuando por la naturaleza de las circunstancias es evidente que ya no tendrá lugar (por ejemplo, te donaré mi casa si das a luz, lo cual quedará descartado –salvando un milagro de la ciencia– con la menopausia de la mujer). Aconseja Lagrange, sin embargo, que lo más recomendable es fijar un plazo para que la condición se cumpla, de tal suerte que no se caiga en situaciones de incertidumbre indefinida.

Agrega la doctrina –como es lógico– que la presente norma se aplica indistintamente tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria[129].

La doctrina española alude a una categoría de condición no prevista por la ley, pero apuntada por la doctrina, es la **condición modificativa**. En éstas, la verificación de un determinado evento sólo afecta al contenido de la reglamentación contractual, que variará en función de ese evento. Implica sólo una alternación parcial del contenido negocial. Por ejemplo, te vendo un piso de mi propiedad de trescientos metros cuadrados, pero si tengo más hijos, la venta se referirá a mi otro piso, de ciento cincuenta metros cuadrados[130].

2.1.5. *Normas relativas a la condición*

La *ley prohíbe las condiciones imposibles, ilegales o contrarias al orden público o las buenas costumbres*[131]. En virtud de que debe recordarse que el objeto del contrato y de la prestación ha de ser "lícito" (CC, art. 1.155). De

[129] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 238.

[130] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 103.

[131] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 232-234.

allí que el artículo 1.200 CC disponga expresamente: "*La condición imposible o contraria a la ley o a las buenas costumbres, hace nula la obligación que depende de ella si es suspensiva; y se reputa no escrita si es resolutoria. En todo caso, la condición resolutoria contraria a la Ley o a las buenas costumbres, hace nula la obligación de la cual ha sido causa determinante*".

Y así, la condición imposible es aquella que no se puede realizar ya sea por imposibilidad natural (si tocas el sol...) o jurídica. La condición ilegal o ilícita es la contraria a la ley (si cometes tal delito), la condición contraria al orden público se puede incluir desde un punto de vista general dentro de las condiciones ilegales por estar al margen de la autonomía de la voluntad. Finalmente la condición podría ser inmoral, por ser contraria a las buenas costumbres (si te prostituyes), porque tal concepto jurídico viene asociado a la moralidad del medio social de que se trate.

Ahora bien, el citado artículo distingue respecto de los casos referidos el efecto que tales condiciones tendrían en la obligación según se trate de condición "suspensiva" en cuyo caso es nula. En cuanto a la condición "resolutoria" imposible la norma del citado artículo 1.200 indica que "se reputa como no escrita" lo que significa que se tiene como una obligación pura y simple (no sometida a condición) pero de seguidas agrega que la condición resolutoria ilegal o inmoral hace nula la obligación principal si constituye la causa determinante[132].

Lo anterior viene confirmado por el artículo 1.201 CC: "*La obligación contraída bajo la condición de no hacer una cosa imposible, se reputa pura y simple*". Esto porque acota la doctrina que la imposibilidad no se considera ilícita o violatoria de normas morales. Por ejemplo, si no vendes la playa, si no llegas a Caracas en unos minutos."El compromiso de no hacer algo que materialmente no se puede hacer no produce efecto alguno sobre la relación obligatoria. Se presume, en estos casos, que en realidad las partes no han querido establecer condición alguna"[133].

Sobre la *interpretación o sentido de la condición* dispone el artículo 1.205 CC: "*Toda condición debe cumplirse de la manera como las partes han querido o entendido verosímilmente que lo fuese*". La norma prevé que en lo relativo al cumplimiento de la condición ha de tenerse en cuenta el aspecto subjetivo relativo a la intención verdadera de las partes, al margen del sentido gramatical que pudiere afectar la redacción de la condición en el instrumento de que se trate. Regla que se suele referir en materia de interpretación de los contratos, como parte de la interpretación en general, esto es que la letra no priva sobre la voluntad[134].

---

[132] *Ibid.*, p. 234; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 114.

[133] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 234; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 112.

[134] Véase *infra* tema Nº 20.13.

Rodríguez Ferrara coloca un claro ejemplo: “Supongamos que Miguel está pensando en irse a vivir a Europa por un año. Juan está interesado en alquilar la casa de Miguel por ese año. Los dos conversan y Miguel simplemente le dice a Juan: <<Si me voy al exterior te alquilo mi casa>>, dando por sobreentendido que Juan conoce sus intenciones de irse a vivir al exterior... Miguel visita por poco tiempo una ciudad fronteriza. Juan al conocer esta situación, inmediatamente reclama el cumplimiento de la obligación pues según él la obligación se ha verificado (<<estuviste en Cúcuta el fin de semana, luego estuviste en el exterior...). Éste es el tipo de interpretación que la norma busca evitar”[135]. Otro ejemplo, podría darse respecto de una persona propietaria de varios apartamentos pero que piensa comprar un apartamento de las mismas o semejantes dimensiones del que vive con su familia para mudarse y señala: si compro otro apartamento (se entiende que es para mudarse) te vendo el que estoy habitando. Al tiempo, la persona compra un nuevo apartamento pequeño como inversión y se le pretende exigir la venta del que habita. Obviamente, otro ejemplo de los casos que quiere evitar el Legislador con la norma bajo análisis.

Respecto a la conducta del deudor a los fines de entorpecer el cumplimiento de la condición la ley dispone en su artículo 1.208 CC: “*La condición se tiene por cumplida cuando el deudor obligado bajo esa condición impide su cumplimiento*”[136]. La doctrina española califica este supuesto como “cumplimiento ficticio de la obligación”, que acontece cuando la conducta del deudor impide la realización del evento pactado como condición, en cuyo caso “se tendrá por cumplida la condición”[137].

La norma se refiere, a decir de la doctrina, al caso de aquellas condiciones cuyo cumplimiento pueda depender de la conducta del deudor, pues ciertamente existen otras que están enteramente fuera de su ámbito (las del azar, como si llueve o no acontece crecida del río, etc.) Pero existen otras donde el deudor podría influir frustrando la condición. La doctrina coloca el ejemplo de haberse pactado “si la cosecha es abundante...” y el deudor lo impide rociando químicos sobre la siembra, lo que descartaría un hecho accidental del obligado[138]. Pero en tal caso debe seguirse la regla general de que el deudor responde por dolo, culpa grave y por culpa leve en abstracto, por lo que si la condición es imputable a su culpa también es responsable y deberá tenerse por cumplida la condición. Si la condición la frustra un tercero, éste será responsable por daños y perjuicios extracontractuales, pero se precisa que el deudor sea quien propicie el acto o

---

135 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 237.

136 Véase: Arija Soutullo, *ob. cit.*, pp. 141-185.

137 *Ibid.*, p. 141.

138 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 238 y 239; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 116 y 117, es clara aplicación del principio de la buena fe que debe observar el deudor.

que esté de acuerdo con un tercero para que entre en juego la norma de "cumplimiento ficticio" de la condición[139].

Finalmente, el artículo 1.210 CC prevé: "*El acreedor puede, antes del cumplimiento de la condición, ejecutar todos los actos que tiendan a conservar sus derechos*". Significa que aunque la obligación no haya nacido, porque no se ha cumplido la condición y su derecho "sometido a condición es absolutamente incierto[140], pues la condición puede verificarse" o no, ello no es óbice para que el acreedor disponga de todas las medidas posibles a fin de preservar material y jurídicamente el objeto de la prestación, y por ejemplo intervenir en un juicio como tercero[141], aunque no los que tiendan a su ejecución pues el crédito no ha nacido aún[142]. Con base a la presente norma la doctrina se pregunta si podrán ejercer acciones protectoras del crédito (oblicua, pauliana y de simulación) a lo que algunos contestan afirmativamente[143]; a los que habría que considerar que todo dependerá de interpretar que el sentido de la norma sería admitir que la preservación de su eventual derecho –no obstante no haberse cumplido la condición–, que configura el sistema de protección jurisdiccional de protección por excelencia a favor del eventual sujeto activo de la relación obligatoria.

En materia testamentaria con relación a la condición rigen los artículos 914[144] y 915[145] del CC, según los cuales tales condiciones no hacen nula la disposición testamentaria sino que sencillamente se tiene por no escrita, porque el contrato puede rehacerse o repetirse –según refiere Lagrange– y aunque los testamentos también, generalmente el asunto se plantea en un momento posterior a la muerte del testador, por lo que prefiere interpretar a favor de su voluntad.

La condición pendiente puede configurarse como cuestión previa prevista en el ordinal 7 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil[146].

---

139 Arija Soutullo, *ob. cit.*, p. 166.

140 Véase: TSJ/SCC, Sent. 00530 del 17-9-03, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-00530-170903-02363.htm el ejecutante, debió acompañar ...la prueba cierta del cumplimiento de su obligación correlativa...".

141 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 240 y 241; Arija Soutullo, *ob. cit.*, p. 25, entre las medidas conservativas se ubican aquellas acciones dirigidas a la declaración o fijación del derecho del acreedor o del adquirente, realizadas con la finalidad de dejar sentado que existe una relación condicional. Por ejemplo, ejercer una acción para que se reconozcan las escrituras públicas o las firmas puestas en ellas. Posibilidad que es reconocida a los acreedores "*sub conditione*" en algunos Derechos.

142 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 115.

143 Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 241, refiere que Dominici se pronuncia por la negativa; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 109.

144 "*En los testamentos se consideran como no escritas las condiciones imposibles y las que sean contrarias a las leyes y a las buenas costumbres*".

145 "*Es contraria a la ley la condición que impida las primeras o las ulteriores nupcias*".

146 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 25-9-09, Exp. 44.126, http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2009/.../512-25-44126-1005.HTML; Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 10-8-11, Exp. 6.179, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/agosto/2147-10-6179-.html.

2.2. *Obligaciones a término*[147]

2.2.1. *Noción*

"El tiempo es un elemento que influye en la configuración y régimen jurídico aplicable a las relaciones obligatorias"[148]. El término es un acontecimiento futuro y *"cierto"* del cual se hace depender el cumplimiento o extinción de la obligación. La certeza no está en saber con exactitud el *cuándo*, por ello se alude, tal vez un poco confusamente, a término cierto y a término incierto[149]. Por lo que cabe concluir que si existe incertidumbre sobre si el acontecimiento llegará, no estaríamos en presencia de una obligación a término sino de una obligación condicional. La certeza es nota característica del término.

"Las obligaciones a término, también llamadas a plazo o aplazadas, son aquellas en las que se señala una fecha o momento a partir del cual comienzan o cesan los efectos de la obligación. A diferencia de la obligación condicional, en éstas existe la seguridad absoluta de que el día o acontecimiento prefijado ha de llegar. El término o plazo puede ser incierto en el cuándo, pero necesariamente ha de ser cierto en el sí; es decir, para que pueda hablarse de obligación a término, tiene que existir la seguridad de que el acontecimiento ha de producirse, si bien puede existir duda acerca del momento en que tendrá lugar (por ejemplo la muerte de una persona)"[150]. Aclara Rodríguez Ferrara que si bien el CC utiliza indistintamente o como sinónimos los conceptos "término" y "plazo", siendo que existe una sutil diferencia: plazo supone la idea de espacio de tiempo dentro del cual se debe desplegar o no una determinada conducta. Término irradia la idea de un momento determinado[151]. Plazo supondría un lapso de tiempo; término un día exacto. Un ejemplo de plazo sería "la segunda quincena de Julio", mientras que ejemplo de término sería el 30 de julio.

El artículo 1.211 CC aclara que el término no tiene el efecto suspensivo de la obligación: "*El término estipulado en las obligaciones difiere de la*

---

[147] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1197 al 1220*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 221-331; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 243-252 ; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, pp. 105-110; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 90-94; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 331-236; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 70-73; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 657-664; ZAMBRANO VELASCO, *Teoría General...*, pp. 515-524; MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. I, pp. 154-168; GHERSI, *ob. cit.*, pp. 217-225; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 214-220; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 86-91; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 109-117; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 407-413.

[148] Véase: ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 61.

[149] RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 243.

[150] LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 87.

[151] RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 244; LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.: *Reflexiones sobre el tiempo en el Derecho.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 20 y 21, www.acaderc.org.ar el plazo es una distancia divisible entre un límite inicial y un límite. Envuelve por lo tanto, una pluralidad de unidades temporales que le integran. El término se encuentra en una posición intermedia entre los conceptos de plazo y de límite. Es una pluralidad de unidades temporales unificadas. Tratadas por el Derecho, como si fueran, en lo compatible, un sólo momento.

condición en que no suspende la obligación, y sólo fija el momento de la ejecución o de la extinción de la misma".

2.2.2. *Clases*[152]

Cabe hacer una subdivisión del término en base a ciertos criterios, tales como los efectos, la certeza, la importancia, la determinación y el origen. En cuanto a sus efectos, el término – semejanza de la condición– puede ser *suspensivo* (si de él depende el cumplimiento o los efectos de la obligación) o *resolutorio o extintivo*[153] (si de él depende la extinción de la obligación). También se distingue el término *inicial* y el término *final*, cuyos efectos corresponden a la condición suspensiva y resolutoria, respectivamente[154]. Un ejemplo del primero: te entregaré el apartamento o el carro el próximo 3 de diciembre. Un ejemplo del segundo: te pagaré los gastos de las cosas mensualmente hasta el 31 de diciembre[155].

Atendiendo a la certeza, exactitud o precisión del término, éste puede ser *cierto* e *incierto* según se sepa cuándo ocurrirá o según no se sepa exactamente cuándo acaecerá. El término es "cierto" en cuanto cuándo, también denominado "determinado"; el término incierto se determina en función de un acontecimiento que habrá de llegar[156]. Ejemplo del primero, es el 15 de marzo y un ejemplo del segundo, cuando se muera tu padre.

En consideración a la importancia o carácter determinante del término respecto de si es posible o no cumplir la obligación luego de éste, se distingue entre término *simple* y término *esencial*. El término simple supone que el acreedor sigue teniendo interés en el cumplimiento de la prestación no obstante no haber acontecido en el término (ejemplo: al acreedor le sigue interesando el pago no obstante el vencimiento del término). En el término *esencial* el incumplimiento de la prestación debida en la fecha pactada hace perder enteramente al acreedor el interés en un cumplimiento posterior al término[157] (el transportista que no llegó a tiempo y nos hizo perder la cita

---

152 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 244-246.

153 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 333, el término *suspensivo* es el más usado, es aquel en el cual no puede exigirse el cumplimiento de la obligación hasta tanto no haya vencido el plazo. El término *extintivo*, por el contrario, es aquel a cuya llegada se libera el deudor de la obligación. El término suspensivo es aquel que aunque no afecta la existencia misma de la obligación, si afecta su exigibilidad (ejemplos: préstamo pagadero en plazos, ventas con plazo para el pago del precio, etc.).

154 Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 86 y 87.

155 Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 245.

156 Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 87.

157 Véase: López López y otros, *ob. cit.*, pp. 99 y 100, no siempre el tiempo incide con la misma intensidad en la relación obligatoria. Hay supuestos en que los aspectos temporales tienen una incidencia secundaria y la prestación retrasada es susceptible de ser cumplida. En otros casos, los aspectos temporales afectan decididamente, por ejemplo, la confección de un traje de novia; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 117, se habla de término esencial en sentido propio o término esencial absoluto cuando la satisfacción del acreedor sólo tiene lugar si el cumplimiento de la obligación es realizado en la fecha fijada; en sentido impropio, hay término esencial relativo cuando el plazo ha sido motivo determinante del establecimiento de la obligación, pero el cumplimiento tardío podría ser útil todavía al acreedor, en cuyo caso; Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 168 y 169.

médica). El término ordinario no excluye el cumplimiento retardado a diferencia del término esencial. Un ejemplo del primero: es en principio la obligación de pagar una cantidad de dinero en X fecha. Un ejemplo del segundo es el cantante que fue contratado para ir un día específico a determinada hora a cantar en una fiesta o requerir transporte para ir al aeropuerto o un evento a determinada hora[158]. En tales casos, veremos no es factible hablar de mora porque no hay retardo sino incumplimiento total en razón de no haber respetado el término "esencial". Se afirma así, que el término esencial supone que la prestación debe ser cumplida en un momento determinado[159]. La esencialidad del plazo sólo puede derivar de la utilidad e inutilidad que la prestación pueda reportar para el acreedor y por tanto de la idoneidad de ésta para realizar el interés de aquel después del vencimiento del plazo de cumplimiento. En consecuencia, la ponderación del interés del acreedor resulta fundamental y decisiva para establecer el referido carácter esencial[160].

Según la determinación o precisión del término por las partes, éste puede ser *expreso* o *tácito*. El primero es claramente exteriorizado o plasmado por las partes; el segundo, no precisa manifestación expresa porque se deriva de las circunstancias y se ha dado por sobreentendido. El término expreso es el designado mediante una manifestación inequívoca de voluntad, por el contrario al término tácito. Un ejemplo del primero es pactar una fecha; un ejemplo del segundo, es cuando pedimos prestado algo y se supone que se devolverá a la brevedad que se deriva de su uso[161]. Mal podría pensarse que se devolverá a los meses a falta de término expreso.

Según su origen o fuente, el término puede ser *convencional, legal* o *judicial*, según emane de la voluntad de las partes, de la ley o del Juez respectivamente. El convencional es producto de la autonomía de voluntad. El legal[162] se aprecia en diversas normas del CC (arts. 1535 en materia de retracto, 1.580 en materia de arrendamiento, art. 584 en materia de usufructo y 1.862 en materia de anticresis[163]), así como el Judicial tiene lugar cuando la ley concede dicha opción al Juzgador (por ejemplo CC, art. 1.212). Por su

---

[158] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 309, la esencialidad del término supone atribuir importancia vital al termino del cumplimiento, que puede verificarse por el interés directo del acreedor o las circunstancias propias de la naturaleza de la prestación (por ejemplo, salida del puerto de un transportador) o incluso el mismo deudor, en cuyo caso la situación será de incumplimiento absoluto.

[159] Diez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 155.

[160] Forno Florez, Hugo: *El plazo esencial y la tutela resolutoria.* En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 389 y 390, el autor crítica la pretendida distinción entre esencialidad objetiva y subjetiva pues la última tendría lugar cuando las partes así lo estipulan, la objetiva deriva de la propia naturaleza de la prestación (*ibid.*, pp. 377-417).

[161] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 333 y 334, ejemplos de disposiciones legales en materia de término tácito, a saber, CC arts. 1.731 en materia de comodato, 1.742 en contrato de mutuo.

[162] Véase: Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 285, el término legal es muy raro pero en ocasiones es impuesto por el Legislador.

[163] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 332, indica que la ley por motivos de orden público limita en determinados actos los términos que puedan fijar las partes.

parte, la condición se verifica exclusivamente en el ámbito de la voluntad de las partes[164]. La posibilidad de condicionar una obligación es producto de la autonomía de la voluntad, a objeto de decir acerca de la contextura jurídica de sus propios asuntos[165]. El término puede ser legal, pero es raro, pues la ley no se preocupa por fijarle plazos a las obligaciones de las partes.

Finalmente, se señala que el Código Civil también se refiere a una especie de *término de gracia*, que califica de "gratuito" por ser concedido generalmente por el propio acreedor, contemplado en el artículo 1.334 del CC[166].

2.2.3. *Normas relativas al término*

Sobre la posibilidad de no disponer expresamente un término, dispone el artículo 1.212 CC: "*Cuando no haya plazo estipulado, la obligación deberá cumplirse inmediatamente si la naturaleza de la obligación, o la manera como deba ejecutarse, o el lugar designado para cumplirla, no hagan necesario un término, que se fijará por el Tribunal. Si el plazo se hubiere dejado a la voluntad del deudor, se fijará también por el Tribunal*". La norma se refiere a las obligaciones "puras" que no están sujetas a plazo o condición[167]. Una obligación puede contraerse con un término o sin término. En el primer caso, el acreedor puede exigir su pago inmediatamente. Cuando contiene un término, no puede exigirse sino a la expiración de éste[168].

Es perfectamente posible y válido que las partes no haya pactado un término para el cumplimiento de la obligación. La norma dispone la solución en tal caso: la obligación en principio deberá cumplirse inmediatamente. Aunque veremos, al referirnos a la mora, que a veces se precisa un período de tiempo posterior al requerimiento para que el deudor pueda cumplir la prestación. Pero esto es en principio, pues existen obligaciones en que no es posible pretender un cumplimiento inmediato: la ley se apresura a indicar que puede acontecer que sí sea necesario un término bien sea por la naturaleza, la ejecución o el lugar de la obligación (por ejemplo hacer un edificio o un libro). En cuyo caso a falta de acuerdo la fijación del término le corresponderá al Tribunal. La parte final de la norma descarta expresamente que la selección del término quede a la mera voluntad del deudor porque así como acontece con la condición puramente potestativa, ello afecta la esencia y seriedad de la obligación.

Respecto *a favor de quien debe entenderse establecido el término*, dispone el artículo 1.214 CC: "*Siempre que en los contratos se estipula un término o plazo, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del contrato mismo o de otras circunstancias, resultare haberse puesto en favor del acreedor, o de las dos partes*".

---

[164] Véase: *ibid.*, p. 325.

[165] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 171.

[166] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 334.

[167] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 105.

[168] Pothier, *ob. cit.*, p. 125.

La presunción legal indica que el término o plazo estipulado en el contrato, debe entenderse establecido en beneficio del deudor.[169] Dicha norma aclara una situación que emana de la propia lógica: y es que el término en principio corre a favor del deudor[170]. Es éste quién ve correr el tiempo a los fines de aproximarse la fecha en que debe pagar o cumplir. El deudor dispone del tiempo o término pactado para prepararse al cumplimiento de su obligación. Sin embargo, como bien acota la norma en comentarios, es factible que de la naturaleza del contrato de las circunstancias particulares se evidencie que el término existe a favor del acreedor o de ambas partes. Y así, la doctrina si bien reconoce que los supuestos son escasos, coloca como ejemplo de término establecido a favor del acreedor el caso del contrato de "depósito", esto es cuidar una cosa por un tiempo determinado (ejemplo 2 meses) que querer entregar antes podría causar un perjuicio. De allí el sentido del artículo 1.771[171] del CC en materia de depósito. Como ejemplo de contrato en que el término beneficia al deudor y también al acreedor se coloca el préstamo[172]. Por lo que si bien el plazo suele beneficiar al deudor es posible que el acreedor también "saque partido" de su existencia, por ejemplo, en caso de obligaciones dinerarias en que se ha pactado interés[173].

En cuanto al pago de la obligación antes de la expiración del término o pago anticipado[174], dispone el artículo 1.213 CC: "*Lo que se debe en un término fijo no puede exigirse antes del vencimiento del término; pero no se puede repetir lo que se ha pagado anticipadamente, aunque el deudor ignorase la existencia del plazo. Sin embargo, si el deudor pagó ignorando el término, tiene el derecho de reclamar, en la medida de su perjuicio, el enriquecimiento que su pago anticipado haya procurado al acreedor*".

Como vimos la ley presume el término, en principio, a favor del deudor de allí que no cabe exigibilidad antes del cumplimiento por parte del

---

[169] Véase TSJ/SCC, Sent. Nº 20251 del 20-3-08, http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/R.C.%20251%20030800%2000-037.HTM.

[170] Véase: Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 153, El plazo se considera como un beneficio del deudor, es la concepción más antigua, que procede del Derecho Romano y que fue recogida por los autores clásicos del Derecho Común; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 107; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 249 y 250.

[171] Que dispone: "*La restitución es a voluntad tanto del depositante como del depositario. Si se fija tiempo para la restitución, esta cláusula sólo es obligatoria para el depositario, quien en virtud de ella no puede devolver el depósito antes del tiempo estipulado, excepto en los casos expresados por la Ley. La obligación de guardar la cosa continúa en este caso hasta que el depositante la pida; pero el depositario puede exigir que el depositante disponga de ella cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito, o cuando, antes de cumplirse el término, peligra el depósito en su poder o le causa perjuicio. Si el depositante no dispone de ella puede consignarse a sus expensas con las formalidades legales. Cuando el depósito haya cambiado de naturaleza, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1759, no puede pedirse la devolución de la cosa antes del término fijado en el contrato*".

[172] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 250.

[173] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 63.

[174] Véase: Domínguez Luelmo, Andrés: *El cumplimiento anticipado de las obligaciones.* Madrid, Editorial Civitas S.A. y Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1992; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 83 y 84; Puig I Ferriol, *ob. cit.*, pp. 161-168.

acreedor. Sin embargo, como el término existe a favor del deudor, éste es libre de renunciar al mismo efectuando el pago antes de la expiración del mismo[175], de allí que la norma prohíba el arrepentimiento del pago anticipado y señale que no se puede repetir lo pagado anticipadamente aun desconociendo el término.

No obstante, la norma siendo consecuente con la idea que inspira el equilibrio de las prestaciones y la prohibición de enriquecimiento sin causa, dispone, que si dicho pago anticipado le produjo un perjuicio al deudor y un enriquecimiento al acreedor, podría reclamarse lo correspondiente. Cabe concluir, siendo la misma idea que inspira el enriquecimiento sin causa, (CC, art. 1184) que el simple pago anticipado no genera reembolso o repetición, sino una suerte de acción *in rem verso,* que de igual forma que la que acontece en el enriquecimiento sin causa precisa la justa prueba del empobrecimiento por contrapartida al enriquecimiento a fin de mantener el equilibrio de las prestaciones[176]. De allí que aclare Rodríguez Ferrara, a través de un ejemplo, que no basta el empobrecimiento del deudor sino que la ley dispone correlativamente el enriquecimiento del acreedor: "Si el deudor se empobrece en 100 y el acreedor se enriquece en 0, el deudor nada podrá reclamar. Si el deudor se empobrece en 100 y el acreedor se enriquece en 50, sólo podrá reclamar esta última cantidad. Si el deudor se empobrece en 100 y el acreedor se enriquece en 150, el deudor sólo podrá reclamar 100. El deudor no podrá nunca reclamar más allá de su propio perjuicio ni más allá del enriquecimiento del acreedor"[177].

El plazo o término es renunciable por las partes[178]. Se indica sin embargo, que el pago por anticipado no debe perjudicar a los demás acreedores a tenor del artículo 1.279 del CC que consagra la acción pauliana e indica: "*El acreedor quirografario que recibiere del deudor insolvente el pago de una deuda aún no vencida, quedará obligado a restituir a la masa lo que recibió*". En tal caso, aunque la regla es que el pago anticipado es válido, respecto de los demás acreedores de un deudor insolvente, dicho pago no tiene efecto y el *accipens* deberá devolverlo a la masa patrimonial del deudor. El mismo sentido de no realizar pagos anticipados en perjuicio de otros acreedores, rige el artículo 1.940 CC en materia de cesión de bienes que dispone que son nulos y no surten efecto respecto de los acreedores los pagos de plazo no vencido[179].

Finalmente, respecto a la conducta desleal del deudor antes de expirar el término, dispone el artículo 1.215 CC: "*Si el deudor se ha hecho insolvente, o*

---

[175] Véase: Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 665, la persona beneficiada por el plazo puede renunciar a él y ofrecer o exigir el cumplimiento de inmediato.

[176] Véase *infra* Nº tema 23.

[177] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 249; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 109.

[178] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 89

[179] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 335.

por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo".

La disposición se orienta nuevamente a sancionar la conducta del deudor desleal en el cumplimiento de sus deberes patrimoniales. De tal suerte, que aunque el término no se haya cumplido el deudor no podría alegar la no exigibilidad de la obligación al acreedor, si se ha hecho insolvente, ha disminuido las garantías otorgadas o no ha dado las prometidas. La doctrina denomina tal supuesto "*caducidad del término*"[180] o *decadencia* del término[181]. Ello acontece en caso de insolvencia (si el pasivo del patrimonio del deudor es superior al activo, esto es, tiene más deudas que derechos), o hubiere disminuido intencionalmente las garantías (como deteriorar el inmueble hipotecado, o finalmente no ha otorgado las garantías que hubiere prometido (si es el caso que se comprometió a otorgar prenda o hipoteca como garantías reales o fianza que es una garantía personal).

Aclara Palacios Herrera que la obligación a término no es susceptible de prescribir, de conformidad con el artículo 1.965 CC: "*No corre tampoco la prescripción... respecto de cualquiera otra acción cuyo ejercicio esté suspendido por un plazo, mientras no haya expirado el plazo*". La obligación sujeta a término, si éste no se ha cumplido no es exigible por lo que respecto de ella no corre la prescripción. Ello por cuanto esta última se basa en una supuesta negligencia del acreedor en cobrar su acreencia, si la acreencia no es exigible por estar sujeta a término, mal puede imputársele negligencia alguna[182].

El término o plazo no afecta el ejercicio de las acciones protectoras del acreedor[183].

3. En razón de los sujetos[184]

Atendiendo a la pluralidad[185] de los sujetos o personas las obligaciones pueden ser **CONJUNTAS O MANCOMUNADAS**, por oposición a las obligaciones **SOLIDARIAS**[186].

---

[180] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 251; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 251.

[181] Véase: Mazeaud y otros, *ob. cit.* Parte Segunda, Vol. III, pp. 289 y 290.

[182] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 335.

[183] Véase: *ibid.*, pp. 335 y 336.

[184] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 257-271; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 263-283; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 76-89; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 102-108; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 185-228; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 80-95; Dominici, *ob. cit.*, pp. 674-699; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 141-148.

[185] De allí que se aluda también a "obligaciones plurales". Véase en tal sentido: Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 303 y 306. Entre ellas los autores incluyen la "pluralidad" de objetos (obligaciones alternativas y facultativas) y de sujetos (mancomunadas, solidarias e indivisibles); López López y otros, *ob. cit.*, pp. 64-71, aluden a la "pluralidad de personas" para incluir la mancomunidad y la solidaridad; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 337, se refiere a obligaciones "complejas" que pueden ser por razón del objeto o por razón de los sujetos.

[186] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 341-472; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 39-80; Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, pp. 25-40; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III,

3.1. *Conjuntas o mancomunadas*

En las obligaciones ***conjuntas o mancomunadas,*** existen varios acreedores o deudores y la prestación se divide. Cada acreedor sólo puede cobrar su parte del crédito y al deudor solo se le podrá cobrar su parte de la deuda. Son aquellas en las que, concurriendo varios acreedores o varios deudores, cada acreedor tiene derecho a pedir y cada deudor debe prestar íntegramente la conducta comprometida[187]. "Las obligaciones *mancomunadas* son aquellas cuyo cumplimiento es exigible a dos o más deudores, o por dos o más acreedores, cada uno en su parte correspondiente, es decir, el derecho de cada acreedor y la obligación de cada deudor se desarrolla con independencia de los demás: cada acreedor únicamente puede exigir del deudor la parte que a *prorrata* le corresponda, y cada deudor sólo está obligado a prestar su parte"[188].

Se afirma que la obligación mancomunada es la que se origina cuando el crédito o la deuda se encuentran en mano común[189]. Las fuentes de las obligaciones mancomunadas son la ley o la voluntad de las partes; ejemplo del primer caso es el artículo 1.252, 1.112, 1.671 y 1.672 CC[190]. Se presume que la obligación es mancomunada salvo pacto en contrario (CC, art. 1223); la solidaridad pues debe ser expresa[191] a diferencia del Código de Comercio (art. 107[192]). Por lo que la mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción[193] Algunos autores aluden a la obligación dividida o parciaria para denotar la referida independencia[194].

3.2. *Obligaciones solidarias*

Las obligaciones **solidarias**[195] son aquéllas en que cada uno de los acreedores puede reclamar por sí la totalidad del crédito (solidaridad activa; que tiene lugar en razón de la voluntad de las partes y no de la ley)[196], o cada

pp. 309-328; Larenz, *ob. cit.*, pp. 491-518. Véase sobre las obligaciones solidarias: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1221 al 1249.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1987, pp. 15-145; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 55-62; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 90-103; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 120-142; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 423-434.

187 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 430.

188 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 39; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 67-69; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 234-249.

189 Véase: Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 128.

190 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 338.

191 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 223 del 30-4-02, en material de obligaciones el pacto de solidaridad debe ser expreso o legal.

192 "*En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores se obligan solidariamente, si no hay convención contraria...*".

193 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 92.

194 Véase: Lasarte, *ob. cit.*, p. 28.

195 Véase: Mansilla Pizá, Emiliano: *Las Obligaciones Solidarias,* en Contribuciones a las Ciencias Sociales, abril 2010, www.eumed.net/rev/cccss/08/emp.htm.

196 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 339, la solidaridad activa es de poca utilidad práctica. Es muy raro que se estipule en un contrato que cualquiera de los coacreedores pueda cobrar la totalidad de la deuda. Tampoco existe disposición legal alguna que la establezca; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 69-74.

uno de los deudores está obligado a satisfacer la deuda entera (solidaridad pasiva), sin perjuicio del posterior abono o resarcimiento que el cobro o pago determinen entre el que lo realiza y sus cointeresados[197]. Lo que caracteriza a la obligación solidaria es que cada acreedor podrá pedir el todo o cada deudor deberá prestar el todo[198].

Al efecto indica el artículo 1.221 CC: "*La obligación es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de modo que cada uno pueda ser constreñido al pago por la totalidad, y que el pago hecho por uno solo de ellos liberte a los otros, o cuando varios acreedores tienen el derecho de exigir cada uno de ellos el pago total de la acreencia y que el pago hecho a uno solo de ellos liberte al deudor para con todos*". La solidaridad no depende de la forma en que esté obligado el deudor según aclara el artículo 1.222[199] CC. Pues nada obsta, para que los deudores se puedan obligar de manera distinta, a saber, uno en forma pura y simple, otro condicional, otro a término, aunque todos estén obligados a la misma cosa[200].

"La obligación puede ser solidaria tanto en el caso de que los deudores estén obligados cada uno de una manera diferente, como en el de que el deudor común se encuentre obligado de manera diferente para con cada uno de los acreedores, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1.222 del Código Civil, y no hay solidaridad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la Ley, conforme a lo estatuido en el artículo 1.223 del Código Civil"[201].

"La mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción" pues para que esta última opere tendrá que haberse determinado expresamente[202] en materia civil. Y ello expresamente lo dispone el artículo 1.223 CC: "*No hay solidaridad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la Ley*" (por oposición al 107 CCom.). No cabe derivar la solidaridad de una voluntad tácita, exteriorizada mediante un determinado comportamiento[203]. Se agrega además de la ley y el acuerdo de las partes, debe agregarse una tercera fuente de la solidaridad: la voluntad del testador,

---

[197] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 39.

[198] Diez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 129; Lasarte, *ob. cit.*, p. 31; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 310, la solidaridad también denominada correalidad y solidez oponen un obstáculo a la división de los créditos y de las deudas.

[199] "*La obligación puede ser solidaria tanto en el caso de que los deudores estén obligados cada uno de una manera diferente, como en el de que el deudor común se encuentre obligado de manera diferente para con cada uno de los acreedores*".

[200] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 267.

[201] Véase: TSJ/SCC, Sent. 457 del 26-10-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000457-261010-2010-09-657.html.

[202] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 41.

[203] *Ibid.*, p. 42.

pues éste puede imponer a varios herederos la solidaridad para el pago de los legados[204].

Se indica que tres son las características de las relaciones obligatorias solidarias:

a. La pluralidad de sujetos.

b. La unidad de objeto (todos los deudores deben en principio el mismo objeto) lo cual depende de la voluntad de las partes o de la ley.

c. Identidad o afinidad de causa (La relación obligatoria tiene su origen en una misma causa o al menos en negocios jurídicos dependientes o conexos)[205].

Respecto al segundo requisito en materia de solidaridad pasiva se alude al principio de la unidad de objeto que se denomina en doctrina *aedem res, aedem pecunia*, en virtud del cual todos los deudores deben una misma prestación[206].

En la doctrina española se distingue la solidaridad "*impropia*" o aparente, a saber, aquella en que existe una "pluralidad de relaciones obligatorias independientes entre sí, aunque dirigidas al mismo interés en la prestación". Esto es, no existe solidaridad en sentido propio pues aun cuando haya unidad de objeto, no existe identidad de causa obligatoria, porque no se trata de deudas integradas en una misma y única relación obligatoria[207].

Por otra parte, son dos los principios que rigen la institución de las obligaciones solidarias: **todo lo que un deudor solidario realice en su beneficio aprovecha a los demás deudores solidarios pero no así lo que lo perjudica**. *Por contrapartida, todo lo que el acreedor solidario efectúe en su beneficio aprovecha a los demás acreedores solidarios, mas no así lo que los perjudique*[208].

Ahora bien, existe una limitación derivada de las defensas o excepciones personalísimas en el artículo 1.224 CC: "*El deudor solidario puede oponer al acreedor todas las excepciones que le son personales; y también las comunes a todos los codeudores; pero no puede oponerle las que sean puramente personales a los demás codeudores*". Ejemplos de excepciones o defensas personalísimas son la incapacidad o los vicios del consentimiento[209].

---

204 Lagrange, *Apuntes...*

205 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 264.

206 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 341, el autor alude también a la "pluralidad de vínculos" por no haber un vínculo único entre el grupo de codeudores y el acreedor sino que hay vínculos jurídicos distintos.

207 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 47, por ejemplo cuando son responsables tanto la persona que causó el daño como la compañía aseguradora, uno lo es directo y la otra por subrogación; Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 61.

208 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 264 y 265.

209 *Ibid.*, p. 269, agrega el autor que por ejemplo la nulidad de venta por faltar uno de los elementos de existencia del contrato puede ser alegada por cualquiera de los compradores.

La norma del artículo 1.225 CC apunta a la acción de regreso entre codeudores o coacreedores: "*Salvo disposición o convención en contrario, la obligación solidaria se divide en partes iguales entre los diferentes deudores o entre los diferentes acreedores*". La doctrina aclara que cuando el deudor paga la totalidad tiene derecho a exigir a los demás el pago que la norma entiende "en partes" iguales salvo pacto en contrario y lo mismo cabe observar respecto del acreedor que recibe el pago íntegro y se convierte en deudor de los demás acreedores por la parte de cada uno[210].

Igualmente la ley aclara que las acciones contra los deudores son autónomas en su ejercicio, según indica el artículo 1226 CC: "*Las acciones judiciales intentadas contra uno de los deudores, no impiden al acreedor ejercerlas también contra los otros*".

Dicho principio con relación a los **deudores** se aprecia en los artículos 1226 al 1240 del CC[211]. Y así la *mora* y el *reconocimiento de deuda* de un deudor no perjudica a los otros (CC, art. 1.227[212]). Pero la *sentencia* que favorece a un codeudor aprovecha a los otros pero no así la que la perjudica (CC, art. 1236[213]) y lo mismo cabe decir del *juramento decisorio* (CC, art. 1237[214]). Las causas de *interrupción y suspensión de la prescripción*[215] que afecten un deudor no pueden invocarse contra otros[216]; pero el codeudor que pagó tiene acción de regreso no obstante la prescripción del codeudor (CC, art. 1.228[217]). Aunque el codeudor que paga todo no puede repetir de

---

210 *Ibid.*, pp. 269 y 270.

211 Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1221 al 1249..., ob. cit.*, pp. 149-353.

212 "*Cada uno de los deudores solidarios responde solamente de su propio hecho en la ejecución de la obligación, y la mora de uno de ellos no tiene efecto respecto de los otros. Tampoco produce efecto contra los otros deudores solidarios el reconocimiento de la deuda hecho por uno de ellos*".

213 "*La sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios no produce los efectos de la cosa juzgada contra los otros codeudores. La sentencia dictada en favor de uno de los deudores aprovecha a los otros, a menos que se la haya fundado en una causa personal al deudor favorecido*".

214 "*El juramento rehusado por uno de los deudores solidarios o el juramento prestado por el acreedor a quien le haya sido referido por uno de los deudores, no daña a los otros. El juramento prestado por uno de los deudores solidarios aprovecha a los otros, siempre que le haya sido deferido sobre la deuda y no sobre la solidaridad*".

215 Véase: Meneses Chavarro, Lucas: *La prescripción extintiva de obligaciones solidarias*. En: Cuadernos de la Maestría en Derecho Nº 4, pp. 82-116, http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion4/la-prescripcion-extintiva.pdf "La prescripción, la interrupción y la solidaridad responden a la naturaleza de la obligación... en tales relaciones las prestaciones de las partes son interdependientes. Esa condición permite la conservación simétrica de la relación cartular frente al obligado que no adujo el medio prescriptivo o su proposición resultó fallida... (*ibid.*, p. 109); Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 9-6-14, Exp.7283, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/JUNIO/225-9-7283-7283.HTML

216 Véase: TSJ/SCC, Sent. 00301 del 1-4-04, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-00301-010404-03171.HTM.

217 "*Las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción que existan respecto a uno de los deudores solidarios, no pueden ser invocadas contra otros. Sin embargo, el deudor que haya sido obligado a pagar, conserva su acción contra sus codeudores, aun cuando hayan sido liberadas por la prescripción*".

los demás deudores sino la parte de cada uno (CC, art. 1.238[218]), lo que se traduce en decir que la acción de regreso del codeudor no reproduce la solidaridad o no funciona como una subrogación. La *novación* hecha por un acreedor al deudor liberta a los otros, salvo que se pida el consentimiento a otros y estos rehúsen a darlo (CC, art. 1229[219]). En cuanto a la *compensación*, el deudor sólo puede oponerla por la cuota del codeudor al acreedor (CC, art. 1.230[220]); en sentido semejante, la *confusión* liberta a los otros codeudores por la parte que corresponda (CC, art. 1232[221]). *La remisión o condonación* hecha a un codeudor no liberta a los otros salvo declaración del acreedor o entrega del título (CC, art. 1231[222]). La renuncia del acreedor a la solidaridad de un deudor no afecta su acción solidaria contra los demás (CC, art. 1233[223]).

Se presume que se renuncia a la solidaridad cuando se recibe un pago sin reserva expresa o se demanda al codeudor que conviene y existe sentencia (CC, art. 1234[224]). Y la recepción sin reserva de frutos o réditos no afecta al capital (CC, art. 1235[225]). La voluntad del acreedor puede liberar de la solidaridad a un codeudor pues ello no perjudica a los demás codeudores, pero ello no puede hacer más gravosa la situación de los demás codeudores[226]

---

[218] *"El codeudor solidario que ha pagado la deuda íntegra, no puede repetir de los demás codeudores sino por la parte de cada uno. Si alguno de ellos estaba insolvente, la pérdida ocasionada por su insolvencia se distribuye por contribución entre todos los codeudores solventes, inclusive el que ha hecho el pago".*

[219] *"La novación hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios liberta a todos los demás. Sin embargo, si el acreedor ha exigido el consentimiento de los codeudores para la novación, y ellos rehúsan darlo, la antigua acreencia subsiste".*

[220] *"El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su codeudor, sino por la porción correspondiente a su codeudor en la deuda solidaria".*

[221] *"La confusión liberta a los otros codeudores por la parte que corresponda a aquél en quien se hayan reunido las cualidades de acreedor y deudor".*

[222] *"La remisión o condonación hecha a uno de los codeudores solidarios no liberta a los otros, a menos que el acreedor lo haya declarado. La entrega voluntaria del título original del crédito bajo documento privado, hecha por el acreedor a uno de los codeudores, es una prueba de liberación, tanto en favor de este deudor como en el de todos los codeudores solidarios. El acreedor que ha hecho la condonación no puede perseguir a los otros deudores solidarios sino deduciendo la parte de aquél en cuyo favor hizo la remisión, a menos que se haya reservado totalmente su derecho contra ellos. En este último caso, el deudor que ha sido beneficiado por la remisión, no queda libre del recurso de sus codeudores".*

[223] *"El acreedor que renuncia a la solidaridad respecto de uno de los codeudores, conserva su acción solidaria contra los demás por el crédito íntegro".*

[224] *"Se presume que el acreedor ha renunciado a la solidaridad respecto a uno de los deudores: 1º Cuando recibe separadamente de uno de los deudores su parte en la deuda, sin reservarse expresamente la solidaridad o sus derechos en general; y 2º Cuando demandado a uno de los codeudores por su parte y éste ha convenido en la demanda o ha habido sentencia condenatoria".*

[225] *"El acreedor que recibe separadamente y sin reservas de uno de los codeudores su parte de frutos naturales o de réditos o intereses de la deuda, no pierde la solidaridad en cuanto a ese deudor, sino por los réditos o intereses vencidos y no respecto de los futuros ni del capital, a menos que el pago separado haya continuado por diez años consecutivos".*

[226] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 282.

(CC, art. 1239[227]). Finalmente, cuando el negocio que propicia la solidaridad solo interesa o concierne a un codeudor, los demás figurarán como una suerte de fiadores (CC, art. 1.240[228]). Se aclara que en tal caso por ser el obligado el sujeto al que concierne el negocio, lógicamente no tendrá acción de regreso contra los otros[229]. La solidaridad pasiva puede originarse por la voluntad de las *partes* o por la voluntad de la *ley*[230], por oposición de la solidaridad activa que sólo acontece en virtud de la voluntad de las partes. A diferencia de la solidaridad activa, la pasiva es una de las instituciones más útiles del derecho[231].

En materia de acreedores rige la misma idea: ***todo lo que un acreedor solidario realice en su beneficio aprovecha a los demás acreedores y lo que realiza en su perjuicio no afecta a los demás acreedores***. El citado principio relativo a la extensión de lo que aprovecha y la restricción de lo que perjudica se evidencia de los artículos 1.241 al 1.249 del CC[232]. Y se aprecia que el deudor puede pagar a cualquier acreedor (CC, art. 1241[233]). La *sentencia* que favorece a un acreedor aprovecha a los otros (CC, art. 1242[234]). Todos los acreedores se aprovechan de la negativa a prestar juramento pero el deferido por uno de los acreedores al codeudor lo liberta solo por la parte correspondiente (CC, art. 1243[235]). La *confusión*, la *remisión de deuda* y la *novación* hecha por un acreedor no produce efectos respecto de los demás acreedores (CC, arts. 1245[236], 1246[237] y 1247[238]). Contrariamente, la *mora* y la *interrupción de la prescripción* aprovecha a todos los acreedores a diferencia

[227] "*En el caso de que el acreedor haya renunciado a la solidaridad respecto de uno de los codeudores, si alguno de los otros se hace insolvente, la parte de éste se repartirá por contribución entre todos los deudores, incluyéndose a aquél que había sido libertado de la solidaridad*".

[228] "*Si el negocio por el cual la deuda se contrajo solidariamente, no concierne sino a uno de los deudores solidarios, éste será responsable de toda ella a los otros codeudores, quienes respecto a él sólo se considerarán como fiadores*".

[229] *Ibid.*, p. 283.

[230] LAGRANGE (*Apuntes*...) cita entre las disposiciones legales del CC que la consagran los artículos: 1.195, 981, 1.730, 1.703 y 112.

[231] PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 342.

[232] Véase sobre tales normas: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1221 al 1249*... pp. 357-444.

[233] "*El deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores solidarios, mientras no haya sido notificado que alguno de ellos le haya reclamado judicialmente la deuda*".

[234] "*La sentencia condenatoria obtenida por uno de los acreedores contra el deudor común, aprovecha a los otros. La sentencia dictada en favor del deudor aprovecha a éste contra todos los acreedores, a menos que se la haya fundado en una causa personal al acreedor demandante*".

[235] "*Todos los acreedores solidarios pueden aprovecharse de la negativa del deudor a prestar el juramento deferido por uno de ellos. El juramento deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor, no lo liberta sino por la parte correspondiente a ese acreedor*".

[236] "*La confusión que se verifica por la reunión en la persona de uno de los acreedores de las cualidades de deudor y de acreedor, no extingue la deuda sino por su parte*".

[237] "*La remisión hecha por uno de los acreedores solidarios no liberta al deudor sino por la parte de este acreedor*".

[238] "*La novación hecha entro uno de los acreedores y el deudor común, no produce ningún efecto respecto de los otros acreedores*".

de la *suspensión* de la prescripción que por ser personalísima no aprovecha a los demás (CC, arts. 1248[239] y 1249[240]). La *compensación* también es considerada personalísima por la ley (CC, art. 1244[241]).

El acreedor solidario ostenta exteriormente un poder de disposición sobre el crédito por entero que puede llevarle hasta la extinción o modificación de la deuda, pero de los actos perjudiciales para los demás compañeros en la solidaridad se deriva un derecho de reembolso a favor de éstos contra aquél, limitado a la parte que cada uno tenga en la obligación que, en principio, se presume igual[242].

4. En atención a la divisibilidad del objeto (importante en caso de pluralidad de sujetos)

En atención a la divisibilidad del objeto de la obligación, ésta puede ser **DIVISIBLE** e **INDIVISIBLE**[243]. Resalta con razón la doctrina la oscuridad y complejidad que rodea tal clasificación[244]. Las obligaciones divisibles son aquellas que tiene por objeto una prestación susceptible de ser cumplida por partes[245], sin que se altere la esencia de la obligación. La obligación se complica si, además de la existencia de varios titulares del crédito o varios deudores, el objeto que debe prestarse es indivisible[246].

Al efecto, indica el artículo 1.250 CC: "*La obligación es indivisible cuando tiene por objeto un hecho indivisible, la constitución o la transmisión de un derecho no susceptible de división*". La norma define la indivisibilidad de la obligación, pero ésta puede ser *natural* cuando deriva de la propia naturaleza de la prestación o *convencional* cuando proviene de la voluntad de las partes en supuestos donde naturalmente la obligación era divisible.

---

239 "*La mora del deudor respecto de uno de los acreedores solidarios aprovecha a todos los otros*".

240 "*Todo acto que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios aprovecha a los otros. La suspensión de la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios no aprovecha a los otros*".

241 "*El deudor no puede oponer a uno de los acreedores solidarios la compensación de lo que otro de los acreedores le deba, sino por la parte de este acreedor*".

242 DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 129.

243 Véase: CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La obligación indivisible.* Madrid, Tecnos, 1991; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1988, pp. 17-141; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 272-277; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 285-295; BERNAD-MAINAR, *ob. cit.*, 89-95; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 109-113; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 351 y 352; SUE ESPINOZA, *ob. cit.*, p. 229-242; ZAMBRANO VELASCO, *Teoría General...*, pp. 473-486; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 149-152; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 95-101; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 699-720; MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 21-37; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 64-67; GHERSI, *ob. cit.*, pp. 152-155; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 50-54; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 250-260; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 328-331; LÓPEZ LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 79 y 80; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 51 52; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 52-58; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 436-439.

244 BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, p. 89.

245 OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 51.

246 BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 436.

El concepto de divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones es uno de los más sutiles que ha elaborado el Derecho. Una cosa es divisible cuando puede ser fraccionada sin perjuicio de su esencia[247]. Se considera divisible una obligación cuando su objeto es susceptible de fraccionamiento o división y el cumplimiento puede realizarse mediante acumulación de prestaciones parciales, las cuales se diferencian de la prestación total cuantitativamente pero no cualitativamente, como sucede en entregar una suma de dinero. En caso contrario, se tratará de una obligación indivisible (por ejemplo entregar un caballo)[248]. Tal clasificación no sólo depende de la naturaleza del objeto sino también de la intención de las partes. La voluntad de las partes puede convertir una prestación divisible en indivisible (por ejemplo una cantidad de dinero) aunque tal voluntad no puede cambiar el carácter de una obligación por su naturaleza indivisible[249]. Esto es la voluntad de las partes no puede convertir la obligación de dar un caballo en divisible. En la obligación indivisible hay varias deudas pero resulta imposible dividir el objeto de la obligación; el pago debe hacerse por la totalidad[250].

Dispone el artículo 1.252 CC: "*Aun cuando una obligación sea divisible, debe cumplirse entre el deudor y el acreedor como si fuera indivisible. La divisibilidad no es aplicable sino respecto de los herederos de uno y otro, los cuales no pueden demandar el crédito, o no están obligados a pagar la deuda, sino por la parte que les corresponde o por aquella de que son responsables como representantes del acreedor o del deudor*".

El hecho de que una obligación sea divisible no significa que el deudor pueda cumplirla por partes[251]. La obligación aunque sea susceptible de división debe cumplirse como si fuera indivisible, a saber, totalmente sin fraccionamiento. La doctrina resalta que la presente distinción cobra sentido ante la pluralidad de deudores o acreedores. Pues cuando existe un solo acreedor y deudor siempre se debe cumplir la obligación como si fuere indivisible. La clasificación se torna importante en caso de varios deudores o acreedores lo cual acontece generalmente en caso de muerte. Al fallecer un deudor es de capital importancia determinar si la obligación es indivisible; de ser divisible cada heredero del deudor no puede serle requerido sino su parte o cuota, en tanto que si es indivisible cada heredero deberá la totalidad de la obligación y podrá exigir la totalidad del crédito[252]. De tal forma que la indivisibilidad a decir de Rodríguez Ferrara "representa para el acreedor una

---

[247] Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 473.

[248] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 63, son indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos, todas aquellas obligaciones que no sean susceptibles de cumplimiento parcial y en general las obligaciones de no hacer.

[249] *Ibid.*, p. 62.

[250] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 328.

[251] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 63.

[252] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 285 y 286.

fuerte garantía, incluso mayor que la solidaridad"[253]. Pues en tal caso "sólo la actuación conjunta permite el cumplimiento de la obligación indivisible"[254]. De allí que en la práctica, el acreedor acepta tratar con varios deudores con la condición de que se obliguen "solidaria e indivisiblemente"[255].

"La obligación indivisible se fundamenta, en principio, en una configuración especial del objeto de la obligación. En cambio la obligación solidaria se caracteriza por una configuración especial del vínculo de la obligación". Aunque los efectos de la solidaridad son bastante parecidos a los de la indivisibilidad. "Cuando se pacta la obligación tan sólo como solidaria, el acreedor puede demandar a cualquiera de los codeudores por el todo, pero si muere uno de ellos, la obligación se divide entre sus herederos. En cambio, cuando se pacta la obligación <<solidaria e indivisible>>, aunque muera uno de los codeudores, se puede demandar a cualquiera de sus herederos por el todo"[256]. Tal convenio de indivisibilidad tiene la ventaja adicional para el acreedor de que aun cuando fallezca alguno de los codeudores, los herederos de éste siguen obligados por el todo indivisible, consecuencia privativa de la indivisibilidad[257].

La ley se apura en aclarar que la indivisibilidad es independiente de la solidaridad. Y al efecto dispone el artículo 1251 CC: "*La obligación estipulada solidariamente no adquiere el carácter de indivisibilidad*". Aunque se afirma que la obligación indivisible en caso de concurrir varios acreedores y deudores presenta puntos en común con las obligaciones solidarias pues ambas constituyen una excepción a la mancomunidad[258].

El CC en su artículo 1.253 CC ha referido expresamente aquellos casos de indivisibilidad: "*La obligación no es divisible entre los herederos del deudor: 1º Cuando se debe un cuerpo determinado. 2º Cuando uno solo de los herederos está encargado, en virtud del título, del cumplimiento de la obligación. 3º Cuando aparece de la naturaleza de la obligación, o de la cosa que forma su objeto, o del fin que se propusieron los contratantes, que la intención de éstos fue que la deuda no pudiera pagarse parcialmente. El que posee la cosa y el que está encargado de pagar la deuda, en los dos primeros casos, y cualquiera de los herederos en el tercer caso, pueden ser demandados por el todo, salvo su recurso contra los coherederos*".

Los supuestos de indivisibilidad según dicha norma son la obligación de cuerpo cierto, cuando un solo heredero es el encargado del cumplimiento de la obligación del título y cuando se derive de la propia naturaleza de la prestación o de la voluntad de las partes. Al efecto distingue Rodríguez

[253] *Ibid.*, p. 286.

[254] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 62.

[255] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 331.

[256] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 351.

[257] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 438.

[258] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 90.

Ferrara que la norma dispone en *primer término* el caso de un cuerpo determinado indivisible por su naturaleza; el *segundo supuesto* trata del heredero que está encargado del cumplimiento de la obligación sin importar que el objeto sea o no divisible en virtud del "*título*", pero que dicho "*título*" podría interpretarse de dos maneras; primeramente como el contrato por el cual se contrajo la obligación lo cual es perfectamente legítimo si las partes convinieron que en caso de muerte del deudor la obligación fuere cumplida por un heredero determinado. Pero también el título podría ser interpretado por el testamento, en cuyo caso la designación es admisible siempre que beneficie al acreedor pero nunca para causarle un perjuicio como designar un insolvente. En *tercer término*, la obligación es indivisible por la naturaleza del objeto o el fin de los contratantes. Finalmente, la norma alude a quien debe cumplir la obligación existiendo varios herederos y siendo indivisible; obviamente al heredero que posea la cosa o al encargado de cumplirla. En los demás casos el acreedor puede exigir la obligación de cualquiera de los herederos[259].

Indica el artículo 1.254 CC: "*Quienes hubieran contraído conjuntamente una obligación indivisible, están obligados cada uno por la totalidad. Esta disposición es aplicable a los herederos de quien contrajo una obligación indivisible*". Se aprecia de dicha norma que la indivisibilidad tiene dos fuentes: la derivada de la naturaleza en cuyo caso ante pluralidad de deudores cada uno responde por la totalidad. Y en segundo término, como indicamos, la indivisibilidad convencional (derivada de la voluntad y no de la naturaleza) que permite que los codeudores así como cada uno de los herederos de la obligación indivisible respondan por el todo. Señala Rodríguez Ferrara que al fallecer uno de los deudores de una obligación indivisible "cualquiera de los herederos podrá ser obligado a pagar la totalidad. Esto no sucedería de ser la obligación simplemente solidaria. De allí que la indivisibilidad, en casos como éste, representa una mayor garantía para el acreedor"[260].

Dispone el artículo 1.255: "*Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el total cumplimiento de la obligación indivisible, con el cargo de dar caución conveniente para la seguridad de los demás coherederos, pero no puede remitir él solo la deuda íntegra ni recibir el precio en lugar de la cosa. Si uno solo de los herederos ha remitido la deuda o recibido el precio de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible sino abandonando la parte del coheredero que ha hecho remisión o recibido el precio*".

La citada norma establece una diferencia sustancial con las obligaciones solidarias: en caso de demanda de un coacreedor, la autoridad judicial solicitará caución para garantía de los herederos del acreedor. Ello pues, debe tener lugar la repartición del objeto recibido. Pero dicha norma agrega que tal coacreedor demandante no podrá hacer remisión de la deuda ni recibir

---

[259] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 290 y 291.

[260] *Ibid.*, p. 292.

el precio de la cosa en su lugar sin la autorización de los demás coacreedores. Finalmente, la norma agrega que en caso de remisión de deuda o de recibir precio, los demás coherederos o coacreedores podrán ciertamente exigir la cosa pero abonando la parte del otro coheredero que hizo la remisión o recibió el abono[261]. Palacios Herrera acota otra diferencia relativa a la prescripción: en la solidaridad activa, la interrupción de la prescripción aprovecha a los demás acreedores, mas no así la suspensión. En la indivisibilidad por el contrario tanto la interrupción como la suspensión a favor de los acreedores aprovechan a los demás, porque por ser la deuda indivisible no cabe pensar que pueda cumplirse en parte respecto a un solo acreedor[262].

Finalmente, la norma del artículo 1256 del CC dispone: "*El heredero del deudor de una obligación indivisible, a quien se haya reclamado el pago de la totalidad de la obligación, puede hacer citar a sus coherederos para que vengan al juicio, a no ser que la obligación sea tal que sólo pueda cumplirse por el heredero demandado, el cual en este caso podrá ser condenado solo, salvo sus derechos contra sus coherederos*". La norma vuelve a consagrar otra diferencia con la obligación solidaria, a saber, que el coheredero o codeudor de una obligación indivisible cite a sus herederos. Ello en el caso de que no se trate una obligación que solo pueda cumplir el heredero demandado al que sólo le quedaría la acción de regreso. Rodríguez Ferrara reseña que dicha citación le conviene al coheredero demandado por una doble razón: no ser condenado solo y tener acción de regreso contra los demás sin necesidad de instaurar juicio posterior[263].

Luego de este panorama se puede resumir[264] las diferencias entre la obligación solidaria y la obligación indivisible, comenzando por señalar que en general la indivisibilidad produce los mismos efectos que la solidaridad pasiva salvo las naturales diferencias, entre las que cabe citar:

a. La solidaridad pasiva refuerza o fortalece la probabilidad de satisfacción del acreedor colocando frente a él como corresponsables a los deudores solidarios; mientras que el propósito de la función práctica de la indivisibilidad pretende la unidad de la prestación[265], que ésta sea cumplida de una sola vez y no por partes.

---

[261] Véase: *Ibid.*, pp. 293 y 294.

[262] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 352, el autor refiere que los artículos 756, 757 del CC en materia de servidumbre y los artículos 1261 y 1262 en materia de cláusula penal traen una referencia a la indivisibilidad.

[263] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 295.

[264] Lagrange, *Apuntes*...

[265] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 54, la indivisibilidad de una obligación obedece una y exclusivamente a la naturaleza de la prestación; la obligación es indivisible porque es indivisible la prestación. En la obligación solidaria la prestación puede ser divisible pues las que más abundan son las de dar sumas de dinero, siendo que nada más divisible que éste. Pero la obligación solidaria se cumple de manera unitaria no porque la prestación sea indivisible sino porque así lo ha dispuesto la ley, el contrato o un testamento. Cuando fallece alguno de los deudores de la obligación indivisible ésta sigue siendo indivisible.

b. La solidaridad se basa en la pluralidad de vínculos con un mismo objeto o unidad en el objeto, mientras que la indivisibilidad supone el fenómeno de la comunidad de un idéntico y único derecho subjetivo de crédito.

c. La solidaridad se divide entre los herederos del acreedor o los herederos del deudor; mientras que la obligación indivisible NO se divide entre los herederos[266].

d. En la solidaridad activa cada acreedor puede exigir el pago de la totalidad sin dar caución; en tanto que en la indivisibilidad entre los herederos del acreedor, el acreedor que exige el pago debe dar caución a los demás (CC, art. 1255).

e. En la solidaridad pasiva el deudor demandado no puede traer a juicio a su codeudor mientras que, la indivisibilidad pasiva por parte de los herederos del deudor el coheredero demandado puede traer a juicio a los demás, a menos que la obligación sólo pueda ser cumplida por el coheredero demandado (CC, art. 1.256)[267].

Es escasa la jurisprudencia en materia de obligaciones indivisibles. Se aprecia una referencia circunstancial en el caso de Transporte SAET S.A. a propósito de los grupos económicos[268], que no logra deslindar la diferencia entre solidaridad e indivisibilidad[269]. Madrid Martínez refiere bajo el título "*Trasporte Saet: La solidaridad que se convirtió en indivisibilidad*" un comentario a la citada sentencia señalando que la misma crea una nueva fuente de la indivisibilidad, a saber, el orden público y el interés social[270]. Toda

[266] Véase: Pothier, *ob. cit.*, p. 164, el efecto de la solidaridad está en que ella no esté, en la actualidad, dividida entre los deudores solidarios; mas su obligación no es por esto menos una obligación divisible, por cuanto debe dividirse, y por se divide en efecto entre sus herederos.

[267] Véase también: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 484-486, en las obligaciones indivisibles en caso de indivisibilidad objetiva no es posible la compensación; en la solidaridad activa la interrupción de la prescripción aprovecha a los demás coacreedores, lo cual, sin embargo no ocurre con la suspensión de la prescripción (CC, art. 1249). En cambio, los coacreedores en la indivisibilidad se aprovechan tanto de la suspensión como de la interrupción de la prescripción (757 CC) pues la indivisibilidad de la prestación comporta la imposibilidad de que la prestación pueda ser cumplida por partes.

[268] Véase: TSJ/SConst., Sent. Nº 903 del 14-5-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/903-140504-03-0796%20.htm. Como unidades que son, existe la posibilidad de que ellos asuman también *obligaciones indivisibles* o equiparables a éstas, bien porque la ley así lo señale expresamente, o bien porque la ley –al reconocer la existencia del grupo y su responsabilidad como tal– acepta que se está frente a una unidad que, al obligarse, *asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes*, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes.

[269] Véase: Adrián, Tamara: *Nuevas modalidades de responsabilidad y los vacío del sistema.* En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, p. 439, señala que dicha sentencia "alega una cuestionable indivisibilidad –que no es tal por no tener ninguna de las características de las obligaciones indivisibles– de las obligaciones asumidas por uno de los integrantes de un grupo societario".

[270] Véase: Madrid Martínez, Claudia: *La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo,* pp. 23-25www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf (También en: *Derecho de las Obligaciones...*, pp. 132-135).

vez que la fuente de la indivisibilidad puede ser la voluntad de las partes (convencional), la ley (legal) o de la propia naturaleza de la prestación[271].

5. En atención a su vinculación con un derecho real, la obligación puede ser "ordinaria" o "*propter rem*"[272]

En la normalidad de los supuestos el acreedor contrata con el deudor atendiendo a las cualidades personales de éste, de modo que la individualización del deudor se hace en atención a quien es él como persona. Mientras que tratándose de las obligaciones reales o *propter rem* la persona del deudor no viene determinada en consideración a sus cualidades personales sino a la circunstancia objetiva de que el deudor es a la vez titular de un cierto derecho real, de tal manera que la condición de deudor le viene dada como añadida a título de accesorio a una titularidad de un derecho real. Tal es el caso de la obligación *propter rem*, que tiene tal denominación porque existe en razón de una cosa o más propiamente por la titularidad de un derecho real sobre una cosa. "La obligación *propter rem* es aquella cuyo sujeto pasivo viene determinado por la titularidad de cierto derecho real". La vinculación a la propiedad o posesión con la cosa determina el nacimiento de la relación obligatoria. Los que adquieran la cosa asumen la obligación al margen de convenio. Se trata de obligaciones accesorias que siguen la suerte o vicisitudes del derecho real al que están atadas; si el derecho real se transmite la obligación *propter rem* se transmite y si el derecho real se extingue la obligación, se extingue junto con él. No es que a todo real corresponda una obligación *propter rem* pero las existen están vinculadas a derechos reales[273].

El Código Civil venezolano, ubicado en la zona de influencia del Código Napoleónico, parece haber adoptado el precedente romano del *numerus clausus* como directriz general de los derechos reales[274]. De asumirse tal postura se concluiría por consecuencia que los casos de obligaciones *propter rem* también serían taxativos[275]. Ejemplos de obligaciones *propter rem*[276] son

---

[271] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 91, de la indivisibilidad legal coloca el ejemplo del artículo 1252 CC.

[272] Véase: Bueres, Alberto: *Obligaciones propter rem y sus relaciones con otras figuras*, Lecciones y Ensayos, Nº 90, 2012, pp. 99-127, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/bueres.pdf; Bueres, Alberto J.: *Breves Reflexiones sobre las Obligaciones Propter Rem y las Cargas Reales en el Derecho Argentino.* En: De Reina Tartiere, Gabriel (Coordinador): *Derechos Reales. Principios, Elementos y Tendencias.* Buenos Aires, Heliasta, 2008; Sierra Pérez, Isabel: *Obligaciones "propter rem" hoy: Los gastos comunes en la propiedad horizontal.* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002; De Castro Vítores, Germán: *La obligación real.* Tesis de Doctorado, Universidad de Valladolid. 1998, http://www.cervantesvirtual.com/...**obligacion-real**.../ffe8d234-82b1-11df-acc7; De Castro Vítores, Germán: *Tres cuestiones en tema de obligación ambulatoria.* En: Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Vol. 1, pp. 977 y ss., http://books.google.com.ve... ; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 60 y 61; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 51 y 122; Zambrano Velasco, *Teoría General*..., pp. 239-256; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 123-127; Sequera, *ob. cit.*, pp. 94-97; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 210-213.

[273] Lagrange, *Apuntes*...; Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 210, se dan con ocasión de un derecho real.

[274] Zambrano Velasco, *Teoría General*..., p. 255; Lagrange, *Apuntes*...; Bueres, *Obligaciones "propter..."*, p. 105, "la obligación *propter rem* es una categoría legal y cerrada (*numerus clausus*)".

[275] Véase *supra* tema 2.5.

[276] Véase: Sequera, *ob. cit.*, pp. 95 y 96.

los artículos 728[277], 730[278] del CC en materia de servidumbre, el 762[279] CC en materia de comunidad y el artículo 12 de Ley de Propiedad Horizontal[280]. A lo anterior agrega la doctrina la obligación de reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de vallados en proporción al derecho de cada uno (CC, art. 689), la obligación de mejorar el fundo enfitéutico (CC, art. 1565 CC), la determinación del lecho del canal, sus límites y gastos (CC, arts. 675 y 676), los coherederos que tengan el derecho de acrecer y con las cargas a que hubiere quedado sometido (CC, art. 945)[281].

La obligación *propter rem* se transmite conjuntamente con el derecho real a que accede[282]. Amén de la accesoriedad a la titularidad de un derecho real (a obligación se transmite a la par del derecho real de que se trate), la figura de la renuncia o abandono como medio de liberarse –en principio[283]– de la obligación es característica de las obligaciones *propter rem*[284]. Este curioso modo de liberación supone que el deudor se puede liberar de su obligación mediante una suerte de dación en pago legal, pues el deudor ejecuta una prestación distinta a la que estaba obligado y el acreedor no puede oponerse[285]. La obligación es accesoria a la "cosa" o "derecho real" al margen de su titular. De allí que algunos califiquen la obligación *propter rem* también como "obligaciones ambulatorias"[286]. La relación ambulatoria se transfiere *ambulat, cum dominio*, por eso va cambiando de titular. El sujeto obligado

---

[277] Que dispone: "*Estas obras se harán a expensas de quien goce de la servidumbre, a menos que se haya estipulado lo contrario en el título. Sin embargo, cuando el uso de la cosa en la parte sujeta a servidumbre sea común al propietario del predio dominante y al del sirviente, aquellas obras se harán por ambos en proporción a las ventajas respectivas, salvo que por el título se haya estipulado otra cosa*". La norma se refiere a las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, las cuales se hacen a expensas del que goza de la servidumbre, a saber el propietario del predio dominante, por lo que es normal que tenga también a su cargo las desventajas. Como la norma indica "*a menos que se haya estipulado lo contrario en el título...*". Lo que significa que en éste puede pactarse que los gastos estén a cargo (no del propietario del predio dominante) del propietario del predio sirviente. Cuando ello tenga lugar se tratará de una obligación *propter rem* que incumbirá al propietario del predio sirviente como tal.

[278] "*Aun cuando el propietario del fundo sirviente esté obligado, en virtud del título, a hacer los gastos necesarios para el uso y conservación de la servidumbre, podrá siempre librarse de ello, abandonando el predio sirviente al propietario del predio dominante*".

[279] Que prevé: "*Cada comunero tiene derecho de obligar a los demás a que contribuyan con su porción a los gastos necesarios para la conservación de la cosa común, salvo a éstos la facultad de libertarse de tal deber con el abandono de su derecho en la cosa común*".

[280] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 60.

[281] Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 244.

[282] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 213.

[283] Véase: Bueres,*Obligaciones "propter..."*, p. 6, Esto tiene lugar en línea de principio, ya que la liberación no siempre se produce por el abandono. En rigor, en algunas *propter rem* el abandono libera –y a veces solo en ciertos aspectos–. Pero ello no puede oscurecer la regla de la responsabilidad universal.

[284] Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 252 y 253.

[285] Moisset de Espanes, *ob. cit.*, T. I, pp. 37 38,

[286] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 51; Sequera, *ob. cit.*, p. 94; Moisset de Espanes, *ob. cit.*, T. I, p. 36, se denominan "ambulatorias" porque los sujetos no están permanentemente determinados en la medida que sean titulares del derecho; Ghersi, *ob. cit.*, p. 63.

no está determinado personalmente[287] La obligación sigue la suerte de la cosa y por tal trae consigo la variabilidad del sujeto pasivo, pues la cualidad de deudor se determina a través de la cualidad de titular del derecho real[288]. De allí que se haya calificado de una "categoría de obligaciones intermedia entre los derechos reales y de crédito"[289]. Para Bueres no se trata de una figura intermedia colocada entre el derecho real y la obligación (menos por supuesto constituye un derecho real), sino que es una auténtica obligación[290].

Ghersi indica que en la obligación *propter rem* se constituye en función de cierta relación de señorío que tiene una persona indeterminada sobre una cosa determinada, por lo que no hay indeterminación del sujeto, sino ausencia de su individualización, porque ello dependerá del momento en que se haga valer la obligación[291]. También se refiere la figura en Derecho Civil II[292]. La doctrina la diferencia de otras figuras jurídicas[293].

6. En atención a si el objeto constituye una cantidad de dinero: obligaciones o deudas de dinero y obligaciones o deudas de valor[294]

Las obligaciones de dinero o dinerarias, son aquellas en que la prestación consiste en una suma de dinero. El dinero es un instrumento de cambio, una medida de valor y un medio de pago[295]. La obligación pecuniaria pre-

---

[287] De Castro Vítores, *Tres cuestiones..,*p. 977.

[288] Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 245, los derechos reales *in faciendo*, a saber, aquellos derechos reales limitados que consisten en una disminución del complejo de facultades que integran el dominio. Por su parte, los partidarios que las obligaciones *propter rem* son derechos personales dan importancia al hecho de que debe mediar una prestación derivada de la propiedad o posesión de la cosa; Aguilar Gorrondona, *ob. cit.*, p. 102.

[289] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 122; De Castro Vítores, *La obligación...* p. 19, Se asigna de entrada a la obligación *propter rem* un carácter intermedio, sin explicar bien muchas veces lo que tal carácter significa.

[290] Bueres, *Obligaciones "propter..."*, p. 105.

[291] Ghersi, *ob. cit.*, p. 64.

[292] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 60 y 61, para algunos la figura pertenece al campo de los derechos aquella.

[293] Véase: Bueres, *Obligaciones propter rem y sus relaciones con otras figuras*, *ob. cit.*, pp. 99-127; Sequera, *ob. cit.*, p. 97; Boggiano, *ob. cit.*, pp. 236 y 237.

[294] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 297-311; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 122-129; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 607-615; Álvarez Olalla y otros, *ob. cit.*, pp. 50-55; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 297-329; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 274 y ss.; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 63-69; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 58-69; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 88-94; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Consideraciones procesales sobre la indexación laboral.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 117. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 215-286 (también en: www.ulpiano.org.ve/**revistas**/bases/.../rucv_2000_119_197-232pdf.pdf); Domínguez Guillén, María Candelaria: *La indexación: su incidencia a nivel de los tribunales laborales de instancia.* Caracas, Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, 1996; Domínguez Guillén, María Candelaria: *La indexación laboral*, en: Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, Tomo I, pp. 209-243.

[295] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 65; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 259.

senta dos especies: la *deuda de dinero y* la *deuda de valor*[296]. Las deudas conformadas por dinero, ya sea en su valor nominal o real, tienen como característica que no pueden extinguirse por la pérdida de la cosa pues "el dinero nunca perece" solo se consume para quien lo gasta. Y la insolvencia del deudor no es causa de liberación[297]. Pues en ellas no opera la imposibilidad de cumplimiento[298].

El dinero es representativo de un valor pero es igualmente un medio de pago[299]; es el medio general de cambio[300], es el objeto más habitual sobre el que versan las obligaciones[301], y la obligación pecuniaria es aquella que tiene por objeto una cantidad de dinero[302], en su valor "nominal"[303]. Ya sea con su nacimiento o con posterioridad[304]. Pero lo esencial es que tal cantidad de dinero se debe en su valor "nominal" o "numérico" y no real, esto es, lo determinante será el importe de la cantidad numéricamente expresada en el contrato. Lo que se toma en cuenta es la cantidad, el número escrito, que permanece aislado de la realidad de la vida económica[305]. Dicha afirmación es consecuencia del "nominalismo" en virtud del cual se afirma que por ejemplo, un bolívar siempre será un bolívar.

Así, refiere Rodríguez Ferrara que las obligaciones pecuniarias se rigen por el principio nominalístico, por el cual tales obligaciones se cumplen de conformidad con su importe nominal, sin tomar en cuenta para nada su valor intrínseco o su valor real. Busca ofrecer <<cierta>> estabilidad para el deudor frente al acreedor[306]. Bernad alude a "deuda nominal" como aquella que ha de cumplirse como ha sido contraída; en la misma cantidad y moneda señalada, prevaleciendo su valor nominal al margen de cuál sea su valor intrínseco[307]. El autor español Lete del Río comenta que la deuda de dinero es la que está integrada por una cantidad de dinero numéricamente considerada, por lo que lo importante es el monto nominal de dicha suma y no su valor real. En España, se alude a "deudas de suma o de cantidad"

---

296 Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 137.

297 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 67.

298 Puig i Ferriol, *ob. cit.*, p. 96.

299 Rodner, Jame-Otis: *Concepto y evolución histórica del dinero.* En: El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. I, p. 328. Véase también del mismo autor: *El dinero, la inflación y las deudas de valor.* Caracas, edit. Arte, 1995; *Nueva definición del dinero y de la obligación pecuniaria: el pago escritural y la transferencia electrónica.* En: Revista de Derecho Mercantil Nº 5, enero-junio 1988, pp. 79-137.

300 Larenz, *ob. cit.*, p. 174.

301 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 122.

302 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 298; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 69-85.

303 Puig i Ferriol, *ob. cit.*, p. 95; Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 123.

304 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 299.

305 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 274.

306 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 300 y 301.

307 Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 124.

de dinero, para significar que se trata de una deuda sometida al principio nominalista, lo que supone que el acreedor ha de aceptar el pago en dinero, pero no por su valor real sino por su valor "nominal". Esta ficción de la igualdad de la moneda permite al deudor liberarse de su deuda pagando una suma numéricamente igual a la que recibió, aunque económicamente su valor sea inferior[308]. El principio nominalista se funda en razones de seguridad y estabilidad jurídica[309]. Por lo que la deuda nominal o de dinero es ajena al valor real del dinero, siguiendo la línea por ende del nominalismo.

Se afirma que el nominalismo está consagrado en el artículo 1.737 del CC a propósito del contrato de mutuo, pero perfectamente extensible a otras materias o contratos (venta, arrendamiento, etc.)[310]: "*La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato. En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda antes de que esté vencido el término del pago, el deudor debe devolver la cantidad dada en préstamo, y no está obligado a devolverla sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago*". Aunque habría que observar que el principio nominal está consagrado solo en la primera parte de dicha norma, según veremos de seguidas.

El nominalismo podría ser mitigado por medidas de tipo legislativo, judicial o contractual, esta última mediante la inserción de cláusulas de "estabilización"[311] compatibles con la autonomía de la voluntad[312]. Surgen así medidas protectoras frente a los riesgos del nominalismo, entre los que ubica la voluntad de las partes[313], la indexación o cláusula de escala móvil o la fijación de intereses convencionales[314]. La dinámica procesal y la inflación ha sido un punto común en materia contractual para quienes administran justicia[315].

Por su parte, la deuda de valor, como su denominación lo denota, supone que el débito pecuniario se debe en función de determinado valor económico. Se colocan como ejemplo la indemnización derivada del hecho

---

[308] Lete del Río, *ob. cit.*, pp. 66 y 67

[309] *Ibid.*, p. 68; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 137, la solución nominalista es menos justa en términos absolutos pero permite mayor seguridad y facilidad en el comercio jurídico; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 76, la ventaja es la seguridad jurídica aunque puede ocasionar graves injusticias.

[310] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 302; Escovar León, Ramón: *Aspectos procesales de la indexación judicial.* En: Efectos de la Inflación en el Derecho. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1.994, pp. 394-396.

[311] Moisset de Espanés, Luis: *Cláusulas de estabilización.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-13, www.acaderc.org.ar . Véase también: Rodner, James Otis: *La inflación y el contrato: el uso de valor en el derecho civil venezolano.* En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Nº 26, 1978-79, pp. 63-143.

[312] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 69; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 77-79; Puig I Ferriol, *ob. cit.*, p. 106.

[313] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 126.

[314] *Ibid.,* p. 128; Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 55.

[315] Véase: Vinini, *ob. cit.*, pp. 203-243.

ilícito de reparar el daño causado[316], la derivada del enriquecimiento sin causa, pensión de alimentos, dar un caballo o varias toneladas de azúcar, pudiendo tener origen contractual o extracontractual[317]. De lo que se deriva que bien puede estar conformada la deuda de valor por dinero, pero en tal caso, lo importante no será su valor numérico o nominal sino su valor "real" o sustancial. Esto es, el conjunto de bienes y servicios que se adquieren con esa cantidad en su valor real de mercado. La deuda de valor no se ata o vincula al valor nominal o numérico del dinero. Por lo que la doctrina advierte que lo realmente excluido en la deuda de valor no es el "dinero" sino su valor "nominal"[318]. De tal suerte que la deuda de dinero –a diferencia de la de valor– excluye en principio considerar al dinero en su valor real. Ahora bien, se admite en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que las partes pudieran excluir o atemperar la aplicación del principio nominalista, por no ser de orden público, mediante la incorporación de las denominadas "cláusulas de valor" que por efecto de la voluntad suelen convertir la obligación en una "de valor"[319], que pretende proteger al acreedor de los efectos de la inflación o variaciones de valor de la moneda.

Ahora bien, a falta de disposición expresa de las partes, se ha preguntado la doctrina y la jurisprudencia la suerte de las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero cuando el deudor entra en mora. Algunos consideran en atención al principio nominalista que la única consecuencia de la mora a tenor del artículo 1.277[320] del Código Civil es el pago del interés legal del 3% anual. Pero con base al propio artículo 1.737 *eiusdem*, en el que se pretende fundamentar el nominalismo, en su segundo párrafo, se ha considerado que tal principio no aplica en caso de mora toda vez que dicha norma indica: "***En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda antes de que esté vencido el término del pago****, el deudor debe de-*

---

316 Véase: TSJ/SCC, Sent. 802 del 19-12-03, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/RC-00802-191203-02051.HTM "La obligación de resarcimiento del daño causado por hecho ilícito, es una deuda de valor porque la víctima tiene derecho a que le sea indemnizado en su totalidad el daño inferido".

317 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 303; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 124 y 125, constituyen deudas de valor, las que fijan la medida de la responsabilidad del deudor al momento del pago como es el caso de alimentos.

318 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 67; Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...*, pp. 20 y 21; Domínguez Guillén, *Consideraciones procesales...*, pp. 230-234.

319 Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 305, alude en tal caso a "obligaciones indexadas", entendiendo por tal (llamadas también cláusulas de valor o cláusulas de salvaguarda) aquellas cuyo monto es variable en atención a los cambios de determinados valores económicos establecidos por las partes. El momento relevante será el vencimiento de la obligación y pudieran considerarse ciertos índices como el inflacionario a la tasa del BCV, una referencia en moneda extranjera, el equivalente del precio de mercado de otros bienes o mercancías. La obligación indexada termina siendo una obligación de valor que nace por voluntad de las partes.

320 Que dispone: "*A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños desde el día de la mora sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida*".

volver la cantidad dada en préstamo...". De lo que se deduce que una deuda en principio de dinero se convierte en una deuda de valor por efecto de la mora[321]. Ello encuentra fundamentos en los principios de pago integral, prohibición de enriquecimiento sin causa, justicia[322], equidad, buena fe y el equilibrio de las prestaciones, toda vez que el dinero tiene un valor real en el tiempo que jurídicamente no se puede desconocer[323]. Y conceder la misma cantidad numéricamente considerada una vez que se ha incurrido en mora, constituye una evidente violación a los principios indicados que permitirían concluir al deudor moroso que es rentable y ventajoso deber dinero cuando no sea objeto de indexación, corrección monetaria o ajuste por inflación.

De allí que indicamos a propósito de la indexación que esta es: "Ajuste o actualización de una cantidad de dinero debida al momento efectivo de su pago en función de ciertos índices, generalmente el inflacionario o el índice de precios al consumidor. Denominada también "corrección monetaria" o "indización", aunque para algunos la expresión "indexación" presenta una connotación mayormente procesal, esto es, la corrección efectuada por el Juez. La doctrina admite la posibilidad de las partes por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de incluir cláusulas que prevean la figura de la corrección monetaria inclusive sin incurrirse en mora. A falta de previsión expresa de las partes respecto a la indexación o corrección monetaria, la doctrina se debate en torno a la procedencia de dicha figura una vez que el deudor ha incurrido en mora. En todo caso, al margen de las distinciones doctrinarias, ciertamente el dinero tiene un "valor" real que resulta afectado por el transcurso del tiempo, especialmente por el efecto de la inflación. La necesidad de un pago integral o completo, así como la prohibición del enriquecimiento sin causa constituyen razones que justifican la procedencia de la indexación o corrección monetaria[324].

Si bien se admite que pueden concurrir corrección monetaria e intereses, éste debe ser el interés legal, porque lo contrario, si se trata del interés

---

[321] Véase: TSJ/SCC, Sent. 778 del 19-11-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc.00778-191108-2008-08-187.html La Sala ha dejado establecido que, ella si bien consagra el principio nominalista de conformidad con el cual las deudas de dinero deben ser pagadas en la cantidad que aparezca debida, independientemente de su valor para el momento del pago, de seguidas especifica que **ello es aplicable en el supuesto de que el aumento o disminución del precio ocurra antes del vencimiento del término del pago**, lo cual permitió a la Sala concluir por interpretación en contrario, que la indexación sí procede en el caso de que el deudor incumpla o retarde el pago" (destacado original); Gramcko, Luis Ángel: *Inflación y sentencia.* Caracas, Vadell Hermanos, 1993, pp. 41 y 42; Escovar León, *Aspectos procesales...,* pp. 398 y 399.

[322] Valor que a la par de la igualdad y la libertad, presenta expresa consagración constitucional en sus artículos 1 y 2.

[323] Véase sobre el fundamento: Domínguez Guillén, *Consideraciones procesales...*, p. 223 (y en general sobre el fundamento pp. 222-230); Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...,* pp. 18-20; Domínguez Guillén, *La indexación laboral...,* pp. 211-216; Gramcko, *ob. cit.*, pp. 31-35.

[324] Domínguez Guillén, *Diccionario...*, pp. 88 y 89. (Véase Bibliografía allí citada). Véase también: Ghersi, *ob. cit.*, p. 126, la educación monetaria tiende a proteger la "integridad del crédito".

convencional se traduciría sustancialmente en una doble indemnización[325]. Por la misma razón tampoco es procedente la indexación de los intereses[326], éstos y la indexación se calculan independientemente respecto de la cantidad inicialmente debida[327]. Por ello, se indica que añadir los intereses convencionales que ya trataban de comprender la devaluación monetaria a la indexación judicial puede ser excesivamente perjudicial para el deudor. Pero al margen de la ferviente polémica doctrinal, se ha ido imponiendo la tesis de la indexación por vía jurisprudencial a toda deuda al margen del procedimiento, considerando la inflación un hecho notorio[328]. Y los índices a los fines de la indexación o corrección monetaria son los oficinales, del Banco Central de Venezuela[329], no obstante que tales puedan ser inferiores a la inflación real.

De allí que afirme el Máximo Tribunal en la Sala Constitucional: "El poder adquisitivo de la moneda es algo inherente o intrínseco a ella, representa su real valor y como tal no tiene que ver ni con daños y perjuicios... En consecuencia, y **salvo que la ley diga lo contrario, quien pretende cobrar una acreencia y no recibe el pago al momento del vencimiento de la obligación, tiene derecho a recibir el pago en proporción al poder adquisitivo que tiene la moneda para la fecha del mismo**. Sólo así, recupera lo que le correspondía recibir cuando se venció la obligación y ella se

---

325 Véase: Domínguez Guillén, *Diccionario...*, p. 89; Domínguez Guillén, *Consideraciones procesales...*, pp. 247-251; Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...*, pp. 26 y 27; Domínguez Guillén, *La indexación laboral...*, pp. 228-231. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 2-11-10, Exp. 23.707, http://trujillo.tsj.gov.ve/DECISIONES/2010/.../1609-2-23.707-.HTML. TSJ/SConst., Sent. Nº 1494 de 16-7-07.

326 Véase: Domínguez Guillén, *Diccionario...*, p. 89; TSJ/SConst., Sent. 438 del 28-4-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/438-28409-2009-08-0315.html "no puede pretenderse el cálculo de los intereses tomando como capital el valor indexado de la obligación principal".

327 Véase *infra* "forma de cálculo"; Juzgado Décimo de Municipio Ejecutor de Medidas en Función Itinerante de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 26-6-15, Exp. 12-0698. http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JUNIO/2137-26-12-0698-.HTML "la indexación deberá calcularse sobre el capital nominal, para actualizar el verdadero valor del mismo, en tanto que los intereses moratorios que se sigan venciendo hasta que resulte definitivamente firme la sentencia deberán serán calculados sobre el mismo capital nominal... Se hace constar que en ningún caso podrá calcularse indexación sobre el monto de los intereses, ni tampoco podrá calcularse intereses sobre el monto indexado. Así se establece".

328 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 129, incluyendo nota 203. Véase sin embargo, indicando que "la inflación *per se* no es un hecho notorio ni una ni una máxima de experiencia, por cuanto el mismo se erige como hecho notorio cuando es reconocido por los organismos económicos oficiales competentes, pues se trata de un asunto eminentemente técnico": TSJ/SCC, Sent. Nº 000547 del 6-8-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/rc.000547-6812-2012-12-134.html. TSJ/SConst., Sent. 438 del 28-4-09.

329 Véase: Domínguez Guillen, *Consideraciones...*, pp. 251-253; Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...*, pp. 25 y 26; Domínguez Guillén, *La indexación laboral...*, pp. 231 y 232; Vinini, *ob. cit.*, p. 113, así como tampoco es procedente la indexación superior a los índices oficiales y la figura es ajena a los intereses usurarios. Pues ya de por sí es ajena a los intereses.

hizo exigible"[330]. Parece pues innegable la justicia de la afirmación de que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es cargo del incumplidor[331].

Por ello, la doctrina[332] y la jurisprudencia[333] han admitido la figura de la indexación aunque se discuta entre otros; si debe solicitarse a lo que se responde afirmativamente (en materias de interés privado), siendo la oportunidad lógica la oportunidad de la demanda[334] o excepcionalmente en informes si la inflación es posterior a ésta[335]; el lapso que cubre[336], la forma de cálculo[337], y se afirme la necesidad de motivar su procedencia[338]. Se sostiene que no acordar la indexación invocada "implicaría seria lesión a los valores y principios que propugna el artículo 2 de nuestra Carta Funda-

[330] Véase: TSJ/SConst., Sent. 438 del 28-4-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/438-28409-2009-08-0315.html.

[331] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 140, cita a Albaladejo.

[332] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. 129 y 130.

[333] Véase jurisprudencia citada en: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Consideraciones procesales...,* pp. 215-286; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 282, el autor se muestra de acuerdo en la intervención de los jueces en la actualización de las deudas dinerarias, quien ante lagunas normativas debe actuar conforme a los principios generales del Derecho.

[334] Véase Domínguez Guillen, *Consideraciones...,* pp. 234-241; Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...,* pp. 22 y 23; Domínguez Guillén, *La indexación laboral...,* pp. 216-219;; TSJ/SConst., Sent. 438 del 28-4-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/438-28409-2009-08-0315.html "fuera de la demanda y la contestación...no pueden las partes alegar nuevos hechos y solicitar sus consecuencias de derecho".

[335] TSJ/SC, Sent. 448 de 6-5-13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/448-6513-2013-12-1305.html.

[336] Véase: Domínguez Guillén, *Consideraciones...,* pp. 241-241; Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...,* pp. 24 y 25; Domínguez Guillén, *La indexación laboral...,* pp. 226-228; Domínguez Guillén, María Candelaria: *El período indexatorio a juicio de la Sala de Casación Social*". En: Revista de Derecho Nº 3, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000, pp. 439-463. Se discute si el lapso a considerar se computa a partir que el deudor entra en mora o desde que se admite la demanda, y su vez se extiende hasta la sentencia o la ejecución del fallo. Se ha discutido excluir otros períodos (vacaciones judiciales, huelga, etc.). Véase en este último sentido: TSJ/SCS, Sent. 1841 de 11-11-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1841-111108-2008-07-2328.html); TSJ/SCS, Sent. 0307 del 21-5-13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0307-21513-2013-11-056.html Véase entre otras indicando que es a partir de la fecha de *admisión* de la demanda: TSJ/SCC, Sent. 551 de 12-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180942-RC.000551-12815-2015-14-688.HTML "el juez de Alzada al indicar una fecha distinta a la admisión de la demanda –a los efectos del inicio del cálculo de la indexación–, obvió la doctrina inveterada de esta Sala, que como bien se reprodujo con precedencia, establece de forma indubitable, que la fecha a partir de la cual se debe efectuar el cálculo de tal correctivo (indexación), es el momento en que se instaure el juicio con la admisión de la demanda". Véase pronunciándonos por la integridad del período desde de la fecha de la mora hasta la ejecución del fallo, toda vez que no configura una sanción al acreedor, aunque ciertamente constituye posición minoritaria: Domínguez Guillén, *El período indexatorio ...,* pp. 439-463. Véase: Moisset de Espanés, Luis: *Actualización monetaria. Su determinación en ejecución de sentencia.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-4, www.acaderc.org.ar

[337] Véase nuestros trabajos: *Consideraciones...,* pp. 253-257; Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...,* pp. 56-59; Domínguez Guillén, *La indexación laboral...,* pp. 232-236. Se puede calcular con base a los índices inflacionarios o con referencia al índice de precios al consumidor (IPC) establecidos por el BCV. Con base al IPC se divide el IPC final entre el IPC inicial y el cociente se multiplica por la cantidad a indexar.

[338] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000518 26-7-12 http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc.000518-26712-2012-12-020.html; Domínguez Guillén, *Consideraciones...,* p. 259.

mental, como lo son la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad y en general, la preeminencia de los derechos humanos"[339].

En España, donde también rige en principio el principio nominalista, se ha indicado que "la aplicación pura y dura del sistema nominalista es difícilmente justificable... atenta contra principios constitucionales" tales como la igualdad, pudiendo tener carácter confiscatorio[340]. Toda vez que la Constitución española –al igual que la venezolana– considera la justicia como uno de los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho[341]. Hemos reiterado que la indexación no constituye un castigo para el deudor sino un ajuste por inflación, por cuyo efecto este paga exactamente lo mismo que debía desde el valor real del dinero[342]. Justicia, equidad, equilibrio de las prestaciones, integridad del pago, prohibición de enriquecimiento sin causa y buena fe son algunas de las lógicas razones que justifican la corrección monetaria. La figura se admite inclusive respecto de prestaciones debidas a los funcionarios públicos[343].

Ante este panorama vale volver al comienzo y preguntarse ¿cuáles serían entonces las deudas de dinero, esto es, aquellas en que solo se deba el valor nominal o numérico del dinero? Pues en principio, por ejemplo, aquellas en las que no se ha incurrido en mora[344] o aquellas en que las partes por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad hayan pactado expresamente atenerse al principio nominalista y excluir los efectos de la inflación, pero si la exclusión es total, dudamos de la validez de dicho acuerdo por traducirse en una cláusula abusiva y desproporcionada que hace perder la esencia y sentido de la obligación. La indexación es un imperativo de justi-

---

339 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000547 del 6-8-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/rc.000547-6812-2012-12-134.html ; TSJ/SConst., Sent. 438 del 28-4-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/438-28409-2009-08-0315.html "pues no resulta ajustado que en un "*Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 Constitucional) durante la época inflacionaria impere el artículo 1.737 del Código Civil, el cual establece la entrega de valor monetario numéricamente expresado para la acreencia, antes que el pago en dinero del valor ajustado (justo) que resulte de la inflación existente para el momento del pago".*

340 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 79.

341 Lasarte, *ob. cit.*, p. 73, por tanto agrega el autor, la defensa del nominalismo no deja de ser una rémora del pasado y una cantinela doctrinal que quizá no ha sido analizada con el debido detenimiento. Por lo que debe ponerse en duda y abogar por un planteamiento más atento a la realidad económica que apareja la inflación y consiguiente pérdida del valor adquisitivo.

342 Véase Ghersi, *ob. cit.*, p. 125, la adecuación monetaria evita un enriquecimiento sin causa del deudor y un deterioro sustancial de la cantidad debida al acreedor. Constituye una solución que a decir de reiterada jurisprudencia no hace la deuda más onerosa pues sólo mantiene el valor económico real frente al envilecimiento de la moneda.

343 Véase: TSJ/SConst., Sent. 3991 del 14-5-14; Domínguez Guillén, María Candelaria:"*La indexación de las prestaciones debidas a los funcionarios públicos*". En: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas 20 años Especialización en Derecho Administrativo. Caracas, Tribunal Supremos de Justicia, Colección Libros Homenaje Nº 2, 2001, Vol. I, pp. 361-372.

344 Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 309, el principio nominalístico se aplica mientras no esté vencida la obligación, pero una vez que el deudor entre en mora, bien puede el acreedor solicitar la reparación de la mayor pérdida. Solución correcta a tan grave problema por simple razón de justicia.

cia: para comprenderla solo basta ubicarse en la postura del acreedor que recibe una cantidad de dinero envilecida por la inflación. De allí que creemos que los límites a la autonomía de la voluntad en esta materia, no escapan de la regla general de la proporcionalidad y el equilibrio de las prestaciones.

Distinto es el supuesto de obligaciones contraídas en moneda extranjera[345] respecto de la cual se señala que tal caso se tiene simplemente como un valor de referencia al momento del vencimiento de la obligación[346]. La cláusula de pago en moneda extranjera ha de entenderse simplemente como *moneda de cuenta o de referencia,* esto es, que el monto se convierta a la moneda de curso legal al tipo de cambio corriente en el lugar de pago[347]. Aunque recientemente se señaló que ello aplica al pago y no a la indemnización por daños y perjuicios"[348]. La procedencia del pago en moneda extranjera se discute en caso de la hipoteca[349].

Pero la cláusula en moneda extranjera como simple valor de referencia (busca proteger de la inflación) es incompatible con la indexación, por lo que ambas figuras se excluyen[350], a fin de no conformar una suerte de doble indemnización.

Cabe tener en cuenta la existencia del control de cambio que comprende la normativa que establece restricciones, prohibiciones y controles a los

---

345 Véase: Mélich Orsini, José: *El efectivo en moneda extranjera y el vigente control de cambio.* En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 321-336; Rodner, James O.: *Ley aplicable a la estipulación y pago en moneda extranjera.* En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 237-287.

346 Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 272, si la moneda extrajera ha sido elegida para cumplir una función estabilizadora frente a la inflación, el deudor debe entregar simplemente el valor de la moneda nacional al cambio que corre en el momento del vencimiento de la obligación.

347 Véase: Carnevali de Camacho, Magaly: *Naturaleza y requisitos del pago.* Mérida, Universidad de los Andes, 1988, p. 66; TSJ/SCC, Sent. 13-4-15, Exp. 2014-000586; TSJ/SConst., Sent. 1641 del 2-11-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1641-21111-2011-09-1380.html "la Sala debe establecer lo siguiente: el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela, pauta que los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente a la fecha de pago, **salvo convención especial**"(destacado original).

348 TSJ/SCC, Sent. 487 del 6-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180477-RC.000487-6815-2015-15-061.HTML. Véase también: TSJ/SCC, Sent. 602 del 20-10-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.00602-291009-2009-08-457.html; TSJ/SPA, Sent. 953 del 17-6-14, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165984-00953-17614-2014-2014-0502.HTML.

349 Véase a favor de la misma: Planchart Pocaterra, Pedro Luis: *La hipoteca en moneda extranjera.* En: El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. I, pp. 447-493. Véase contrario a tal posibilidad: Lagrange, Enrique: *La especificación en dinero de la garantía hipotecaria.* En: El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. I, pp. 113-172.

350 TSJ/SCC, Sent. Nº 000547 del 6-8-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/rc.000547-6812-2012-12-134.html.

negocios jurídicos a los efectos de pago en moneda extranjera[351]. Se aprecia decisión judicial que refiere tasa sicad II[352].

7. Otras clasificaciones[353]

7.1. *Obligaciones líquidas y obligaciones ilíquidas, atendiendo a la determinación de la extensión de la prestación*[354]

Las obligaciones *líquidas* se presentan cuando la extensión de la prestación ha sido determinada por las partes, por un tercero o por la autoridad judicial, e *ilíquidas* cuando no se ha precisado su monto.

Refiere Lete que las obligaciones líquidas son aquellas cuya cuantía está fijada numéricamente o basta una simple operación aritmética para obtener su cuantía exacta. Mientras que las obligaciones ilíquidas cuya cuantía no se conoce, aunque existan las bases o criterios para su determinación (por ejemplo la determinación de daños y perjuicios)[355]. El concepto de iliquidez es próximo al de indeterminación[356]; a lo que habría que agregar que ésta última debe versar en el "monto".

7.2. *Obligaciones ciertas y obligaciones inciertas, atendiendo a la verificación o comprobación de la relación obligatoria*[357]

Se dice que la obligación es "cierta" cuando la relación obligatoria es reconocida por las partes o declarada como tal por la autoridad judicial. De lo contrario, al no reinar reconocimiento o declaración judicial, se está en presencia de una obligación incierta. Ejemplo de obligación incierta, podría ser la derivada presuntamente de un hecho ilícito en que un transeúnte causa un daño a otro y el primero no reconoce ante el reclamo la existencia de la obligación. Ahora bien si interviene el Juzgador y la declara o el agente del daño lo reconoce entonces la obligación será cierta. Aclara Rodríguez Ferrara que una obligación cierta no es necesariamente líquida, pues en el ejemplo dado el agente puede reconocer el daño pero no estar de acuerdo en el monto con la víctima. Aunque toda obligación líquida es cierta[358].

7.3. *Obligaciones principales y obligaciones accesorias*[359]*, atendiendo a la entidad autónoma de la relación*

[351] Puig I Ferriol, *ob. cit.*, p. 99.

[352] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 469 de 28-7-14, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/167292-RC.000469-28714-2014-13-738.HTML.

[353] Véase también: Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 74-80, alude a "*obligaciones de resarcimiento*" que tienen por finalidad reparar el daño causado de otro.

[354] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 53; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 267 y 268; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 48-50; López López y otros, *ob. cit.*, p. 79; Albaladejo, ob. cit., pp. 88 y 89.

[355] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 64.

[356] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 70.

[357] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 54.

[358] Véase: *ídem.*

[359] Véase: Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 107-109; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 63 y 64, se entiende por obligación principal aquella que existe por sí misma y tiene una finalidad propia, en contraposición a las

Las obligaciones pueden ser principales o accesorias según subsistan por sí mismas o cuando dependan de otra principal[360]. La obligación principal tiene existencia propia, en tanto que las accesorias están ligadas a la principal[361]. El artículo 523 del Código Argentino indica "De dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra"[362]. El cumplimiento íntegro de la obligación principal extingue la accesoria pues esta pierde su causa jurídica[363].

Tal clasificación refleja la idea de que la relación obligatoria tenga o no entidad autónoma. Y así, son obligaciones principales aquellas que gozan de existencia propia o independiente, por ejemplo: la obligación de entregar al vendedor la cosa al comprador; y accesorias, las que dependen de otra principal a la cual se encuentran subordinadas, complementan o garantizan, por ejemplo, la obligación del fiador de pagar en caso que no lo haga el deudor. El régimen principal no ofrece especialidad por ser el supuesto normal. Las accesorias, siguen el mismo régimen de vida de las que dependen, se transmiten y extinguen por regla general con la obligación principal. Las obligaciones accesorias pueden ser legales y voluntarias, según sean impuestas por la ley o la voluntad de las partes. Por su finalidad, a su vez, pueden ser complementarias (conservar la cosa como un buen padre de familia) o de garantía (que pueden tener un carácter real o personal)[364].

7.4. *Obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales, atendiendo a si tienen su origen en un contrato o una fuente distinta, respectivamente*[365]

Las obligaciones que tienen su origen en un contrato (compraventa, permuta, arrendamiento, etc.) son obviamente contractuales. En tanto que las obligaciones que tienen su origen en una fuente distinta a éste se denominan por oposición "extracontractuales". Refiere la doctrina que en principio, salvo excepciones, la referencia a extracontractual se suele asociar a las obligaciones derivadas del hecho ilícito[366]. Bernad Mainar distingue entre obligaciones legales, contractuales y extracontractuales, en las últimas podrían incluirse las que emanan del acto ilícito, y de la superada expresión cuasicontratos[367].

---

obligaciones accesorias que son las que están subordinadas y agregadas a otra obligación principal, sin la cual no pueden subsistir de manera autónoma; Lasarte, *ob. cit.*, p. 47 y 48; López López y otros, *ob. cit.*, p. 78; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 124.

[360] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 121.

[361] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 52.

[362] Ghersi, *ob. cit.*, p. 234.

[363] *Ibid.*, p. 235.

[364] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 76. Véase también: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 171-174.

[365] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 52; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 83 y 84.

[366] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 52.

[367] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 121.

7.5. *Obligaciones unilaterales y obligaciones bilaterales, en razón de la naturaleza del vínculo*

Por la unidad o pluralidad de vínculos existentes, la obligación puede ser unilateral, bilateral y plurilateral[368]. La obligación bilateral o sinalagmática implica que en una misma relación obligatoria cada uno de los sujetos ocupa la posición de acreedor y deudor (por ejemplo en la compraventa). En tanto que en la relación unilateral sólo surgen obligaciones para una sola de las partes[369]. La presente distinción tiene su base en la clasificación de la relación jurídica que en caso de coexistir deberes y derechos en ambos sujetos recibe el nombre de relación jurídica recíproca o situación jurídica[370]. No debe confundirse la bilateralidad de las obligaciones con la de los contratos, éste es siempre bilateral con independencia de las obligaciones que produzca porque siempre necesita de dos personas o sujetos[371].

Las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas (en atención al nexo causal existente entre la prestación debida por cada una de las partes llamada "sinalagma") pueden ser a su vez: perfectas e imperfectas. Son perfectas si los deberes aparecen configurados *ab initio* el uno como contrapartida del otro. Son imperfectas las obligaciones que siendo inicialmente unilaterales, devienen con posterioridad en bilaterales como consecuencia de un evento del que dimana un deber de prestación para la parte que antes no era deudora. De ahí que se conozca también como obligaciones *ex post facto*. Por ejemplo, el contrato de mandato que puede suponer obligación de indemnizar al mandante[372].

7.6. *Obligaciones de capital y obligaciones de intereses*

Por interés[373] –de una forma simple– se entiende la retribución por la retención

---

368 Véase: Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 161.

369 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 77.

370 Véase: Domínguez Guillén, *Derecho Civil I...*, pp. 44 y 45.

371 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, pp. 77 y 78.

372 Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, p. 49.

373 Véase sobre los intereses: Mónaco Zambrano, Alfredo Antonio: *Régimen legal de los intereses y el derecho de las obligaciones*. Caracas, Mobil-Libros, 1999; Borjas Hernández, Leopoldo: *Régimen legal de los intereses*. En: Revista de Derecho Público Nº 6, abril-junio 1981, pp. 5-33; Borjas Hernández, Leopoldo: *Legalidad de las tasas de interés fijadas por el Banco Central*. En: Libro Homenaje a José Mélich Orsini. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, Vol. I, pp. 237-281; Muci Abraham, José: *Aspecto del régimen de los intereses financieros*. En: Revista de Derecho Mercantil Nº 7-8, enero-diciembre 1989, pp. 213-224; Vegás Rolando, Nicolás: *La libertad de pactar intereses y la usura*. En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad Santa María Nº 9, abril-julio 1982, pp. 93-136; Mezgravis H, Andrés: *Inexistencia de límites cuantitativos legales en los intereses mercantiles*. En: Revista de Derecho Privado Nº 7, julio-diciembre 1990, pp. 197-226; De Sola, René: *Limitaciones legales de las tasas de interés*. En: Libro Homenaje a Eloy Lares Martínez, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Imprenta Universitaria, 1984, Vol. II, pp. 925-941; Muci Abraham, José: *Límites cuantitativos a los intereses: apostilla a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativo el 19 de febrero de 1981*. En: Revista de Derecho Público Nº 9, enero-marzo 1982, pp. 204-215; Lacasa Astigarraga, Jon: *El problema de las tasas bancarias (Comentarios en torno a la sentencia de la Sala Política*

de una cantidad de dinero ajeno[374]. Es el precio o remuneración que se paga por utilizar un capital ajeno[375]. Desde el punto de vista económico el interés es la retribución del uso del capital[376], aunque luce adecuado incluir el supuesto excepcional del interés por cosas fungibles que no son dinero[377].

Ahora, se entiende en *sentido amplio* aquella cantidad de cosas fungibles que pueden exigirse como rendimiento de una obligación de capital, en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privando de la utilización del mismo. La obligación de pago de intereses es accesoria de la que se debe como principal (de capital); y por tanto sigue la misma suerte y vicisitudes[378].

Los intereses pueden ser *legales* o también *convencionales*, según tengan su origen en la ley o en la voluntad de las partes[379]. También se distingue el interés *moratorio* (derivado del incumplimiento o retardo) del interés *compensatorio* (solo se debe si se ha pactado)[380].

Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de febrero de 1981. En Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica "Andrés Bello", Nos. 54 (1999) y 55 (2000), pp. 203-258 y 249-262 (respectivamente); Kummerow, Gert: *Los intereses moratorios y retributivos y la jurisprudencia de la Casación venezolana*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Nº 5, 1967-68, pp. 197-204; *Los intereses y la usura. Estudios Jurídicos*. Caracas, Edit. Revista de Derecho Mercantil, 1998 (autores varios); Cruz, Luis Humberto: *Régimen legal de los intereses moratorios civiles y Comerciales*. Caracas, Paredes, 2005; Madrid Martínez, *Las limitaciones...*, pp. 757-814; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, pp. 329-335; Barbero, Ariel Emilio: *Intereses monetarios*. Buenos Aires, Astrea, 2000.

374 Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 80, retribución que consiste en un parte alícuota de esa cantidad por unidad de tiempo.

375 Puig I Ferriol, *ob. cit.*, p. 101.

376 Barbero, Ariel Emilio, *ob. cit.*, p. 14.

377 *Ibid.*, p. 17. Véase: Borjas H., *ob. cit.*, p. 5, aquella cantidad de cosas fungibles que el deudor debe a su acreedor como retribución por la cesión del uso de una cantidad menor de las mismas cosas debidas por el deudor a su acreedor.

378 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 71; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 70 y 72.

379 Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 80, son pocos los casos de intereses que no sean de dinero; Lete del Río, *ob. cit.*, p. 72, los intereses legales pueden ser *moratorios* que representan un resarcimiento o compensación al acreedor por el retraso culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y los *retributivo*s o compensatorios que tienen su fundamento en la idea de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto por la utilización de un capital ajeno (en el mismo sentido: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 296 y 297). Véase sobre la distinción: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 5-12-05, Exp. AF45-U-2000-000017, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/DICIEMBRE/2099-5-1468-1008.HTML distingue entre intereses "correspectivos o compensatorios" y "los intereses moratorios" (véase sin embargo: Borjas H., *ob. cit.*, p. 7, diferencia entre "correspectivo" por el uso de la cosa y "compensatorio" cuando cumple una función compensatoria de la propiedad u otro derecho); Juzgado del Municipio Carrizal de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, Sent. 7-6-11, Exp. 2856-10, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2011/junio/119-7-2856-10-.html.

380 Véase: Barbero, Ariel Emilio, *ob. cit.*, p. 19, el interés moratorio se debe por el incumplimiento, mientras que el interés compensatorio forma parte del cumplimiento. El interés moratorio se debe aunque no se haya pactado. El interés compensatario sólo se debe –en principio– si se ha pactado. El interés moratorio es aplicable a todas las obligaciones. El interés compensatorio solo a las contractuales.

En materia civil, el interés legal es del 3% anual (CC, art. 1.746[381]) a diferencia del mercantil[382], en tanto que el interés convencional no debe exceder del 12% anual en razón del *Decreto Nº 247 sobre Represión de Usura de fecha 09-04-1946*[383], que seguiría vigente respecto de tal limitación[384], aunque para otros ha sido parcialmente derogado[385], y de allí que se aluda a parcialmente vigente[386], ciertamente respecto al límite del interés civil. Aunque en todo caso no aplica al sector comercial[387], pues "la violación de los límites que, en materia de usura, darían fundamento a la procedencia de la rescisión por lesión, no hallarían aplicación cuando los intereses hayan sido fijados por el Banco Central de Venezuela"[388]. Se afirma así que

[381] Véase: Borjas H., *ob. cit.*, pp. 9 y 10, cita dicha norma y otras del CC de 1942.

[382] Véase en materia mercantil, art. 108 del C. Comercio, las deudas mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles devengan en pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce (12) por ciento anual; Juzgado Décimo Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 2-11-10, AP31-M-2010-000813 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/noviembre/2166-2-AP31-M-2010-000813-.html; TSJ/SCC, Sent. Nº 00718 del 8-11-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-00718-081105-05405.htm; TSJ/SCC, Sent. 00749 de 29-7-04, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00749-290704-03860.htm; Juzgado Superior en lo Civil (Bienes) y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Municipio Arismendi del Estado Barinas, Sent. 25-6-13, Exp. 5109, http://apure.tsj.gob.ve/decisiones/2013/junio/442-25-5109-.html ; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida (constituido en Asociados), Sent. 13-3-11, Exp. 5290, http://merida.tsj.gob.ve/decisiones/2011/marzo/956-14-5290-1856.html.

[383] Véase: http://www.defiendete.org/html/de-interes/LEYES%20DE%20VENEZUELA/LEYES%20DE%20VENEZUELA%20I/DECRETO_247.htm "**Artículo 1.** Cualquiera que intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otro para obtener para sí o para un tercero una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio que, tomando en cuenta las circunstancias concomitantes, resultare notoriamente desproporcionada a la contraprestación o entrega que por su parte verificare, será castigado con prisión hasta de dos años o con multa hasta de diez mil bolívares (Bs. 10.000,00). Sin perjuicio de la limitación que establece el **Código Civil** en su artículo Nº 1.746, se considera constitutivo del delito de usura el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga **un interés que exceda de uno por ciento (1%) mensual**" (destacado nuestro). Véase: *infra* tema 20.6.3.3.

[384] Véase: Madrid Martínez, *Las limitaciones..*, p. 812.

[385] Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 335; Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y Sede en la Ciudad Caracas (En Transición), Sent. 16-9-06, Exp. 2327, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2006/SEPTIEMBRE/2122-18-02327-.HTML Véase considerándolo derogado: Tamara Adrián (opinión vía electrónica 18-9-12), afirma que si bien es verdad que no hay una derogatoria total expresa del 247 y ha sido una opinión mayoritaria su relativa vigencia. Yo vengo diciendo que quedó derogada totalmente en 1992 junto con la Ley contra el acaparamiento y la usura, por haber quedado subsumido totalmente en LPC de 1982, y sobre todo desde la ampliación de conceptos en Decreto Ley y luego Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios, y reformulación de tasas máximas de interés, concepto de usura y excesiva desproporción. Véase también: Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 127-131, según el autor el interés convencional no está sujeto a limitaciones aunque considera aplicable el artículo 1746 CC.

[386] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 129, nota 202.

[387] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 335, toda vez que el artículo 2 del Decreto excluye expresamente de la misma quien tenga un negocio de crédito legalmente establecido.

[388] Madrid Martínez, *Las limitaciones..*, p. 812; Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 335, el Banco Central de Venezuela tiene facultad para fijar tasas máximas y mínimas de interés a los bancos e institutos de crédito, que abarca una gama de operaciones bancarias inclusive las hipotecarias por lo que no rige la tasa del 12% prevista en el artículo 1746 CC sino aquella que de tiempo en tiempo fije el ente oficial de acuerdo a las fluctuaciones del mercado.

"el interés que a los particulares le es dable cobrar, emerge de una fuente normativa distinta al cobrado por las instituciones financieras, por lo cual, los intereses cobrados por instituciones de crédito nacionales, y los bancos comerciales regidos por la Ley General de Bancos, no pueden estar sujetas a las limitaciones del Código Civil o del Código de Comercio, pues éstos están fijados por el Banco Central de Venezuela en ejercicio de las atribuciones que le confiere la propia Ley del Banco Central de Venezuela"[389].

Indica Bernad que los intereses convencionales tienen su límite en el Decreto de Usura de 1946 parcialmente vigente, así como el CC (arts. 1277, 1737 y 1746), Código de Comercio (art. 108), así como la citada sentencia de los créditos indexados de la Sala Constitucional Nº 85 del 24-1-02[390]. De allí que algunos refieran que la legislación de consumidores propiciaría la derogatoria parcial del artículo 1 del Decreto sobre Represión de la Usura de 1946 pero precisamente vigente en materia civil[391]. Debe agregarse recientemente la Ley Orgánica de Precios Justos.

El artículo 1.746 del que indica: "*El interés es legal o convencional. El interés legal es el tres por ciento anual. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por Ley especial; salvo que, no limitándolo la Ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor. El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal. El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual*".

Se afirma que la norma contenida en el párrafo tercero del artículo 1.746 del CC, parece otorgarle al Juez a solicitud del deudor la facultad de modificar la estipulación que con relación a los intereses se haya consagrado en el contrato[392], y que es referida por la doctrina a propósito de la rescisión por lesión[393]. Pero esa petición del deudor de reducción de intereses al interés corriente del mercado que prevé la norma[394], quedaría en la práctica reducida a los casos de instituciones que puedan pactar un interés superior al 12 por ciento (%), esto es que no los alcance el citado Decreto de usura. La Ley Orgánica de Precios Justos[395], a propósito de la usura contiene una

[389] TSJ/SConst., Sent. Nº 163 del 5-2-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/163-050202-00-1536.htm.

[390] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 129, nota 202.

[391] Véase: CSJ/SPA, Sent. 19-2-81, J.R.G., T. 72, 199, límite de interés mensual al 1% en lo atinente a la venta a crédito de bienes y servicios como en operaciones mercantiles. Por lo que solo quedaría parcialmente vigente en lo que respecto a intereses de préstamos civiles.

[392] Véase: Madrid Martínez, *Las limitaciones a la autonomía de la voluntad...*, p. 812.

[393] Véase *infra* tema 20.10.4.

[394] Y que tendría aplicación supletoria en materia mercantil por aplicación del artículo 8 del Código de Comercio.

[395] Decreto Nº 2092, Gaceta Oficial Nº 6202 de 8-11-15.

referencia a los intereses en su artículo 58[396], que la doctrina ha criticado señalando que dicha ley –siguiendo el criterio de la Sala Constitucional en la sentencia 85 del 24-1-02– desnaturaliza el supuesto de *rescisión por lesión* del citado artículo 1746 CC[397].Veremos, al referirnos al objeto del contrato, la prohibición de intereses usurarios[398].

Otra de las limitaciones legales relativas a los intereses viene dada por el *anatocismo*[399]*,* que consiste en el pacto de pagar intereses sobre los intereses[400]; los intereses vencidos se pueden capitalizar[401] y producir a su vez intereses[402]. Es decir, que los intereses no pagados y vencidos, se acumulen al capital. El Máximo Tribunal se ha pronunciado expresamente sobre su improcedencia[403]. Refería Lagrange que fuera de los supuestos del artículo 530[404] y 524[405] del Código de Comercio, el anatocismo puede configurar usura[406]. En la referida sentencia de las tarjetas de crédito, la Sala Constitucional ratificó que el anatocismo está prohibido pues los casos expresamente autorizados en el Código de Comercio, deben ser objeto de interpretación restrictiva[407].

---

[396] Véase: Tema 20.10.4.2.

[397] Véase *infra* tema 20.10.4.2.

[398] Véase *infra* tema 20.6.3.3; Albaladejo, *ob. cit.,* p. 76, Puig I Ferriol, *ob. cit.*, p. 102, En España, se distingue estos de los "leoninos", pues en los últimos aun cuando no siendo notablemente superior al normal, ha sido aceptado por el que ha de pagarlo por su situación angustiosa o por su inexperiencia.

[399] Véase: Montiel, Alfredo: *Anatocismo financiero. Consecuencias penales.* Maracaibo, Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Tesis de grado para optar al título de Doctor en Derecho, septiembre 2000, http://tesis.luz.edu.ve/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2751.

[400] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, pp. 307 y 308, anatocismo es un término técnico jurídico que no se encuentra en el Diccionario de la Lengua, que significa el pacto de pagar intereses de intereses, lo que vulgarmente se llama capitalización de intereses; Padilla, *ob. cit.*, p. 188, la capitalización de intereses se suele describir como uno de los mecanismos más perversos de la usura. Llamada por algunos "anatocismo", designación bastante más fea, por lo que algunos refieren que la palabra corriente en la ciencia económica es capitalización; Madrid Martínez, *Las limitaciones...*, p. 804, el anatocismo que se configura por el cobro de intereses está efectivamente prohibido por la disposición del artículo 530 del Código de Comercio. Aunque la propia norma lo permite ante la voluntad expresa de las partes.

[401] Véase: Padilla, *ob. cit.*, p. 187, capitalizar los intereses es sumarlos al capital convirtiéndoles en capital. Agrega (*ibid.*, p. 195) que capitalizar es la transformación de intereses en capital.

[402] Albaladejo, *ob. cit.,* p. 78.

[403] Véase sentencias de la Sala Constitucional del TSJ: Nº 85, 24/01/2002 http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm y Nº 1419, 10/07/2007, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1419-100707-04-0204.htm.

[404] "*No se deben intereses sobre intereses mientras que, hecha liquidación de* éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital. También se deben cuando de común acuerdo, o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo el de los intereses devengados".

[405] "*En la cuenta corriente bancaria, los intereses se capitalizaran por semestres, el 30 de junio y el 31 de diciembre, salvo estipulación expresa en contrario*".

[406] Lagrange, *Apuntes...*

[407] Véase: TSJ/SConst., Sent., Nº 1419 del 10-7-07; Quiroz Rendón, *ob. cit.*, 377 y 378.

Ghersi señala –y pensamos es aplicable al caso venezolano– que el pacto de intereses como situación jurídica regulada por la autonomía de la voluntad dentro del derecho patrimonial privado, presenta límites, especialmente a fin de proteger a una de las partes de la ligereza o la inexperiencia, o verse compelido por la necesidad. Por lo que cuando tales intereses son notoria o groseramente desventajosos, desproporcionados o injustificados, la sanción debe ser la ineficacia de tales actos, "dejando de esta forma sin sustento al predisponente para percibir intereses desproporcionados". Ello va a tono con la buena fe y la equidad para así lograr un comportamiento debido que pueda moderar la relación obligacional, toda vez que el Derecho es un instrumento de justicia que no escapa a las especiales relaciones económicas[408]. De tal suerte que "la libertad de las partes para fijar intereses no es absoluta"[409], pues vale recordar que constituye regla primaria de la materia la "proporcionalidad o equilibrio de las prestaciones"[410].

Vale recordar que el interés convencional no ha de coexistir con la indexación, lo cual equivaldría a una doble indemnización. Pues se afirma con razón que "tampoco corresponde indexar los intereses", pues eso significaría indexar dos veces... la aplicación de los intereses y la indexación son dos operaciones distintas, que obedecen a razones diversas y por tal no deben ser confundidas[411].

[408] Ghersi, *ob. cit.*, pp. 122 y 124.

[409] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 57; Villagrasa Alcaide, Carlos: *La deuda de intereses* (tesis doctoral). Universitat de Barcelona, s/f (conclusiones), p. 432, www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/1391/03.CVA_3de4.pdf? la libre autonomía de la voluntad en cuanto a los intereses no es absoluta, pues no puede ser abusiva o usuraria.

[410] Véase *supra* tema 1.

[411] Barbero, Ariel Emilio, *ob. cit.*, p. 75.

TEMA 6
Teoría General del Cumplimiento de las Obligaciones

NOCIONES GENERALES SOBRE EL CUMPLIMIENTO Y EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES[1]

SUMARIO: *1. Cumplimiento normal y voluntario 2. Incumplimiento de la obligación. Clases y causas. 3. Incumplimiento de la obligación imputable al deudor. Efectos. 4. Tipos de cumplimiento 5. Prueba de las obligaciones*

1. Cumplimiento normal y voluntario

Indica el artículo 1264 CC[2]: "*Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención*". El efecto inmediato de la obligación consiste en hacer surgir a cargo del deudor, el deber de prestación, el deber de cumplimiento exacto[3]. La hipótesis normal es que el deudor cumpla de manera espontánea y exacta la prestación debida: en ello consiste el cumplimiento normal, cumplimiento en sentido estricto o cumplimiento en sentido objetivo. Y así se satisface íntegramente el interés del acreedor. El efecto fundamental del cumplimiento es la extinción de la obligación o más propiamente el vínculo.

---

[1] El siguiente capítulo está inspirado en gran medida de las ideas desarrolladas en clases del Prof. Lagrange (*Apuntes*...). Véase también sobre el tema: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 159 y ss.; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 62 y ss.; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 117 y ss.; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 75- 99; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 105-109; Dominici, *ob. cit.*, pp. 734 y ss.; Casas Rincón, César: *Obligaciones Civiles Elementos*. Caracas, C.A., Artes Gráficas SCRA, 1946, T. II, pp. 417 y ss.; Annicchiarico, José: *Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual*. En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 243-298; Annicchiarico, *Un nuevo ...*, pp. 275-335; Pizarro Wilson, Carlos: *Hacia un sistema de remedios ante el incumplimiento contractual*. En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 209-218; Pizarro Wilson, Carlos: *La responsabilidad contractual en el Derecho chileno*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 209-223; Pizarro Wilson, Carlos: *Panorama de la responsabilidad contractual en el chileno,* https://www.u-cursos.cl/**derecho**/2010/2/D122D0645/3/; Vidal Olivares, Álvaro: *La pretensión de incumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento. Un intento de sistematización del remedio en el Código Civil*. En: Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 285-297 Gómez Pomar, Fernando: *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*. Madrid, Civitas, 2002; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 225-233; Puig I Ferriol, *ob. cit.*, pp. 261-281; Cristóbal Montes, Ángel: *El incumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Tecnos, 1989; Lacruz Berdejo, *ob. cit.,* pp. 225-233; Puig I Ferriol, *ob. cit.,* pp. 261-281.

[2] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268*..., pp. 317-375.

[3] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 417, la ley exige pues el cumplimiento exacto de la obligación misma, es decir, al exigir la ley el cumplimiento exacto de la obligación, quiere que la misma sea cumplida del modo estipulado y no de otro.

Pero puede suceder que un ***tercero***[4] no deudor procure al acreedor de manera espontánea la prestación, dando lugar al pago o cumplimiento hecho por tercero. Indica el artículo 1283 CC: *"El pago puede ser hecho por toda persona que tenga interés en ello, y aun por un tercero que no sea interesado, con tal que obre en nombre y en descargo del deudor, y de que si obra en su propio nombre no se subrogue en los derechos del acreedor"*.

Pero ello no es posible cuando el acreedor tiene interés en que el pago sea hecho por el deudor por tratarse de una prestación infungible. Al efecto prevé el artículo 1.284 CC: *"La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor"*. En tal caso la prestación o actividad del deudor no es susceptible de sustitución. Pero, la regla general es que el pago del tercero sí es capaz de satisfacer el interés del acreedor.

La otra opción es la ejecución forzosa en forma específica por medio de la cual el acreedor puede obtener, por ministerio del Juez, el mismo resultado que habría obtenido si el deudor hubiese cumplido. Tanto en ésta como en el caso del tercero se alude a ***cumplimiento***, pero en sentido ***objetivo***, pues el subjetivo precisa del deudor. Este último es el verdadero, el cumplimiento en sentido estricto. El ***cumplimiento subjetivo*** es pues, el cumplimiento por antonomasia.

Indica Beltrán que por paradójico que parezca, el deudor es libre de cumplir o no, pero aquella esfera de libertad que él vinculó a través de la obligación, no le pertenece en solitario; la tiene vinculada al interés del acreedor[5]. Veamos de seguidas la opción del incumplimiento.

2. Incumplimiento de la obligación. Clases y causas

La obligación nace para ser cumplida. En todos los supuestos que por causa imputable al deudor no se realiza la prestación debida se genera un incumplimiento[6]. Para establecer el concepto de cumplimiento es menester precisar la conducta debida; de existir diferencia entre lo programado y lo acaecido, se está en presencia de un incumplimiento[7]. Pues el cumplimiento supone por el contrario, atenerse al programa de la prestación debida[8]. El incumplimiento de la obligación consiste en el negativo del cumplimiento[9]. El incumplimiento es un concepto que surge como opuesto lógico y jurídico al cumplimiento, sería la inadecuación entre el programa de conducta

[4] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, pp. 263-267, refiere entre los sujetos aptos para cumplir o pagar además del deudor o su representante, el "tercero", que podría ser interesado o no interesado. Véase *infra* 17.6.

[5] Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 58.

[6] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 163.

[7] Ghersi, *ob. cit.*, p. 259.

[8] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 75 y 76, el cumplimiento es la ejecución de la prestación debida.

[9] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 129.

preexistente y el hecho o acto realizado o no realizado[10]. El incumplimiento supone la lesión o perturbación del derecho de crédito[11].

Respecto del incumplimiento de la obligación hay que distinguir en primer término aquellas causas que afectan la esencia de la obligación, que hacen imposible la realización de la prestación, de otras causas que no determinan la imposibilidad de cumplir sino un cumplimiento defectuoso de la prestación (no se corresponde con el plan de prestación por incompleto o distinto)[12]. El incumplimiento defectuoso supone la falta de coincidencia o exactitud entre la prestación debida y la prestación ejecutada. Se desenvuelve dentro del principio de la exactitud del pago[13]. En el primer caso se alude a *incumplimiento propio o definitivo*, en tanto que en el último, en que la prestación es todavía posible se refiere a *incumplimiento impropio*. La hipótesis más importante de este último acontece con relación al tiempo, colocándonos frente a la figura de la "mora"[14].

Por su parte, el incumplimiento propio o propiamente dicho que hace imposible la prestación puede depender de una causa extraña a la voluntad del deudor (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe, hecho del tercero o hecho del acreedor). Pero, también el incumplimiento propio puede derivar de una causa voluntaria del deudor, en la que habría que distinguir si el incumplimiento deriva de la plena voluntad o conciencia del sujeto de infringir o vulnerar el derecho del acreedor; o más bien, dicho incumplimiento responde a la negligencia o imprudencia del deudor, en cuyo caso se alude a incumplimiento culposo.

El incumplimiento bien sea propio o impropio, pero resultante de una causa extraña no imputable al deudor no comporta responsabilidad para éste. A diferencia del incumplimiento ya sea propio o impropio dependiente de la voluntad del deudor, el cual ciertamente lo hace incurrir en responsabilidad civil, debiendo pues reparar el daño causado al acreedor.

De allí que recapitulando, las clases o variantes del incumplimiento vienen dadas por el *incumplimiento defectuoso* y el *incumplimiento definitivo*. El primero cuya mayor manifestación es la mora, que implica un retardo o retraso culposo, pero que supone que la prestación es todavía posible. El cumplimiento defectuoso exige que todavía sea posible corregir los defectos en la prestación debida por el deudor y que bajo esa corrección la prestación sea idónea para satisfacer tal pretensión del acreedor. Por su parte, el

[10] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 301; Wayar, *ob. cit.*, p. 493, el incumplimiento es un comportamiento opuesto al cumplimiento.

[11] Puig I Ferriol, *ob. cit.*, p. 262.

[12] Véase: López y López y otros, *ob. cit.*, p. 139, la prestación es defectuosa cuando no se ajusta al programa de la obligación, lo que puede ocurrir por carencia de identidad de la cosa o del servicio o por no realizarse en su integridad.

[13] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 271.

[14] El incumplimiento puede ser entonces: propio o definitivo (que a su vez puede ser voluntario e involuntario) e impropio (cumplimiento posible pero defectuoso).

incumplimiento definitivo, que se produce cuando la prestación aun cuando sea objetivamente posible ya no resulta útil para el acreedor, bien por tratarse de un término esencial, bien porque los defectos que presenta no son susceptibles de corrección o porque la prestación se ha devenido en imposible[15]. El incumplimiento *definitivo* a diferencia de los supuestos estudiados supone la omisión total de la prestación unida a la nota de la imposibilidad de su realización en el futuro, de modo que se produce una frustración del interés del acreedor que puede ser total o parcial. Suele ocurrir ante el término esencial o la voluntad inequívocamente rebelde del deudor[16].

3. Incumplimiento de la obligación imputable al deudor. Efectos

El incumplimiento de la obligación imputable al deudor le abre al acreedor la vía de la ejecución forzosa. En ocasiones, es posible procurar al acreedor la misma prestación o el mismo resultado práctico que él habría obtenido si la ejecución hubiera sido cumplida de manera espontánea por el deudor. En tal caso se afirma que es posible la *ejecución forzosa en forma específica, en especie o in natura*[17].

Pero acontecen otros supuestos en que tal ejecución específica no es posible, teniendo lugar lo que se denomina "prestación del interés", que se traduce en una obligación de resarcir el daño causado por el incumplimiento del acreedor. Ello está previsto en el artículo 1.264 CC: "*Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención*".

El incumplimiento, que como es normal, causa un daño al acreedor conlleva el deber de resarcirlo. Ello coloca al deudor en presencia de una nueva obligación: la de reparar el daño causado por el incumplimiento. Dicha obligación puede ser cumplida en forma voluntaria que sería lo más deseable y conveniente. O puede acontecer lo contrario, y ante la resistencia del deudor entre en juego la "responsabilidad patrimonial". Cuya norma fundamental viene dada por el artículo 1.863 CC: "*El obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber*".

Vale referirse a los supuestos de relación entre el incumplimiento del deudor y la ejecución forzosa. Recordemos que el cumplimiento normal es el voluntario y subjetivo, aquel que realiza personal y voluntariamente el propio deudor. Pero si ello no acontece el acreedor cuenta a su favor como es obvio con el auxilio de la justicia para hacer ejecutar su crédito aunque sea en contra de la voluntad del deudor. Esa es la hipótesis que se supone excepcional. Como bien afirma Moisset: "En los tribunales encontramos lo que podríamos llamar la faz patológica del derecho; la relación jurídica enferma, es decir aquella que no se cumplió y por lo que ha sido menester recurrir

---

[15] López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 134 y 135.

[16] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 279.

[17] Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 185, el deudor debe la exacta realización de la conducta debida (cumplimiento *in natura*) y no una diferente.

a la <<coercibilidad>>”[18]. De allí que se aluda a “*cumplimiento anormal de las obligaciones*”[19], para significar aquel que acontece cuando el deudor no cumple la obligación voluntariamente dentro del plazo correspondiente[20].

3.1. *El incumplimiento del deudor y la ejecución forzosa*

La ejecución en naturaleza o pretensión de cumplimiento específico constituye un remedio entre otros de que dispone el acreedor[21]. El primer remedio de que dispone el acreedor afectado por el incumplimiento es la prestación de cumplimiento cuyo objeto es obtener del deudor la realización de la conducta prometida inicialmente en la prestación y así alcanzar la efectiva satisfacción de su interés en la misma. En realidad el cumplimiento específico no es otra cosa que el pago de la obligación, que tiene lugar en la fase de los efectos del incumplimiento a instancias de la autoridad judicial[22].

El ordenamiento no se conforma con imponer al deudor una obligación y reconocer la prestación del deudor; se preocupa también porque llegado el momento, el acreedor pueda realizar su derecho. Ahora bien, la comunidad jurídica no se enfrenta espontáneamente al deudor moroso, sino que encomienda al acreedor la decisión y el momento en que quiere perseguir su derecho. En tal caso, pone a su disposición la autoridad y el poder para que consiga lo que le pertenece: le otorga la posibilidad de demandar la prestación del deudor y si después de ello el deudor es condenado a cumplir la prestación hace posible la ejecución forzosa[23].

“La ejecución forzosa es el instrumento previsto por la ley para la realización del interés del acreedor que ha quedado insatisfecho por el incumplimiento del deudor”. Mediante la ejecución forzosa el acreedor no obtiene un cumplimiento propiamente tal, pues éste debe ser obra exclusiva y voluntaria del deudor, sino que viene a procurarse con tal ejecución o el mismo resultado práctico si es posible (ejecución forzosa en especie) o en su defecto, obtiene una cantidad de dinero equivalente al daño que le ha causado el incumplimiento del deudor (ejecución forzosa por equivalente[24]). De tal suerte, que hay dos formas de indemnizar: la reparación por

[18] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. I, p. 51.

[19] Véase: Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 103-256.

[20] *Ibid.*, p. 103.

[21] Pizarro Wilson, Carlos: *Hacia un sistema de remedios ante el incumplimiento contractual...*, pp. 215-217, aunque para el autor debe abandonarse la idea de remedio primario que prevalece sobre la indemnización de daños. La regla, precisamente es que el acreedor puede optar libremente entre ésta y el cumplimiento. A ello se agrega la facultad resolutoria, la excepción de incumplimiento o la indemnización de daños; Pizarro Wilson, Carlos: *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños.* Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 251-283.

[22] Vidal Olivares, *La pretensión...*, p. 285.

[23] Larenz, *ob. cit.*, pp. 27 y 28.

[24] El dinero constituye la medida común de valor, la forma de expresar la equivalencia de intereses patrimoniales. Y como esta segunda forma tiende a obtener dinero para reparar el daño, se habla de ejecución forzosa por “equivalente”.

naturaleza y la reparación por equivalente. La primera borra los efectos del acto dañoso y la segunda se limita a proporcionar el equivalente en dinero de los derechos e intereses afectados[25].

Ahora bien, tanto la ejecución forzosa[26] en especie como la ejecución forzosa por equivalente no son formas de cumplimiento de la obligación sino que contrariamente son consecuencias del incumplimiento por parte del deudor. Sin embargo, con frecuencia se alude en doctrina a *"cumplimiento"* forzoso para referirse a "la ejecución forzosa" ya sea específica o por equivalente. Aunque en tales casos falta el cumplimiento en sentido estricto que sólo puede ser obra del deudor: el subjetivo. Este se distingue del cumplimiento en sentido objetivo que tiene lugar tanto en caso de ejecución forzosa en especie como por obra de un tercero. Los artículos 1264[27] y 1270[28] del CC parecen referirse al cumplimiento en sentido estricto que es obra del deudor. En tanto que los artículos 1271[29] y 1272[30] CC se refieren más bien a la falta de satisfacción del acreedor.

3.2. *La ejecución forzosa en forma específica*

El cumplimiento forzoso o *in natura* persigue la realización exacta o idéntica de la prestación objeto de la obligación[31]. La pretensión de cumplimiento forzoso en forma específica deriva de la fuerza vinculante de la obligación misma, sobre la base de que por hipótesis, la prestación es aún posible[32]. Esta especie de ejecución permite al acreedor mediante la intervención del órgano judicial del Estado, la misma satisfacción que le habría deparado o procurado el espontáneo cumplimiento de la prestación por parte del deudor.

---

[25] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 207.

[26] Véase: Moreno Catena, Víctor: *Algunos problemas de la ejecución forzosa.* En: AFDUAM 5, 2001, pp. 187-200, https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111%28187-200%29.pdf ; Ortells Ramos, Manuel: *La ejecución forzosa civil: tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo.* En: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, pp. 109-125, http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Ortells-Ramos-La-ejecucion-forzosa-civil-Tres-cuestiones-sobre-que-ejecutar-quien-puede-o-d; Céspedes Socarrás, Gustavo Manuel: *La ejecución forzosa de las obligaciones y sus mecanismos efectivos en sede de contratos formales traslativos de dominio: realidades y perspectivas desde el Derecho Cubano* http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14193.

[27] "*Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención*".

[28] "*La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito. Por lo demás, esta regla debe aplicarse con mayor o menor rigor, según las disposiciones contenidas, para ciertos casos, en el presente Código*".

[29] "*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*".

[30] *"El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido".*

[31] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 185.

[32] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 187.

La ejecución forzosa en forma específica **no** es una forma de resarcir un daño, sino que contrariamente es una forma de evitarlo: presupone que no ha habido daño para el acreedor y tiende a evitar un daño precisamente procurándole la misma prestación que el deudor debió cumplir. En tanto que la ejecución forzosa por equivalente, presupone necesariamente que el incumplimiento del deudor le ha inferido un daño al acreedor y por tal tiende a indemnizar el mismo. El daño no es un presupuesto de la ejecución forzosa en forma específica; pero sí lo es de la ejecución forzosa por equivalente.

De lo anterior se evidencia dos formas de cumplimiento: a. El cumplimiento en especie que consiste en la ejecución de la obligación tal cual como fue contraída y b. El cumplimiento por equivalente que consiste a falta de éste en el pago de los daños y perjuicios. El cumplimiento en especie tiene prioridad sobre el cumplimiento "por equivalente"[33], pero tal principio tiene en Venezuela una aplicación parcial, porque el acreedor puede optar entre éste y el equivalente en caso de incumplimiento. No procede la ejecución en especie cuando existe imposibilidad natural de cumplir o no es posible el cumplimiento, tampoco si la obligación debe ser cumplida en un tiempo preciso o término esencial, así como generalmente en algunas obligaciones de no hacer, que solo puede ejecutarlas el deudor, cuando se conviene que se ejecute por equivalente. ***Se alude al principio de prioridad de la ejecución en especie*** porque es la forma normal del cumplimiento de las obligaciones, las cuales deben cumplirse como han sido contraídas. No existe norma expresa que consagre dicho principio pero se deduce del artículo 1264 CC: *"Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención"*. Ello se complementa con los artículos 1290[34] y 1291[35] del CC que consagran la **identidad** y la **integridad[36]** del pago, respectivamente[37].

Sin embargo, la doctrina reciente admite que el postulado de la primacía de la ejecución en especie no es tan absoluto como parece y que se plantea un nuevo esquema de varios intereses en juego, justicia, seguridad jurídica y eficiencia del contrato. Que propiciaría la posibilidad por vía judicial de demandar directamente la responsabilidad patrimonial del deudor para obtener la reparación de daños y perjuicios[38]. Se añade que no existe referencia expresa de la primacía de la prioridad de la ejecución en especie y que el referido artículo 1264 CC no somete la acción de daños y perjuicios

---

[33] Véase: CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, pp. 106 y 107.

[34] *"No puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquélla"*.

[35] *"El deudor no puede constreñir al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, aunque ésta fuere divisible"*.

[36] Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 69-76.

[37] LAGRANGE, *Apuntes...*

[38] ANNICCHIARICO, *Un nuevo...*, p. 285.

a un incumplimiento definitivo sino únicamente a la contravención[39]. Se concluye que el principio de la primacía de la ejecución en especie rige siempre que la relación jurídica obligatoria se desenvuelva en su fase fisiológica, es decir, antes del incumplimiento. Posterior a éste, surge una sanción y el acreedor puede a su elección optar por el mejor mecanismo que satisfaga sus intereses[40]. Se aboga por la funcionalidad del interés del acreedor[41].

Además de las dimensiones cualitativas y cuantitativas de cumplimiento exacto a que alude el principio de identidad y de integridad del cumplimiento, se encuentra también la dimensión temporal del mismo, pues el cumplimiento sólo es exacto en la medida en que tenga lugar en el momento o dentro de los plazos previstos para la prestación. El incumplimiento de la obligación en su dimensión temporal provoca dada la naturaleza del tiempo una imposibilidad de cumplimiento en especie en relación a ese elemento de la obligación que dependiendo de su origen voluntario o involuntario, tendrá como único remedio la indemnización de daños y perjuicios[42].

Casos en que se hace imposible la ejecución en especie[43]: Se trata de supuestos en que no es susceptible la ejecución en especie porque ninguna satisfacción dejaría al acreedor: Cuando existe imposibilidad natural o física, por ejemplo cuando perece o se pierde la cosa cierta que era objeto de la obligación; cuando la cosa cierta debida no se encuentra en el patrimonio del deudor; cuando se incumple una obligación a término esencial; cuando se incumple una obligación de hacer infungible; cuando se incumple una obligación de no hacer cuyo incumplimiento fue determinante, la cual no se ha manifestado en una obra material y no puede ser destruido (por ejemplo la violación de confidencialidad), en todos los casos en que ante el retardo injustificado del deudor, el acreedor ha perdido el interés en la prestación[44].

Cabe referir los casos o hipótesis en que puede tener lugar la ejecución forzosa en forma específica[45]:

1. Cuando ha mediado incumplimiento de una obligación de contratar lo cual prevé el artículo 531 del CPC: "*Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea*

[39] *Ibid.*, p. 286. Véase también: Pizarro Wilson, *Hacia un sistema de remedios ante el incumplimiento contractual...*, pp. 215-217, debe abandonarse la idea de remedio primario que prevalece sobre la indemnización de daños; Pizarro Wilson, *La responsabilidad contractual en el Derecho chileno...*, p. 214, para reconocer una responsabilidad contractual autónoma, resultar evitar la exigencia al acreedor de agotar los medios de cumplimiento de naturaleza o en especie de la obligación incumplida para exigir el pago por equivalencia.

[40] Annicchiarico, *Un nuevo...*, p. 288.

[41] Pizarro Wilson, *La carga de mitigar las pérdidas...*, pp. 251-283, se trata de una construcción de un sistema de remedios por el incumplimiento que satisfaga el interés funcional del acreedor.

[42] Annicchiarico, *Convivencia...*, p. 261.

[43] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 70 y 71.

[44] Annicchiarico, *Convivencia...*, pp. 264 y 265.

[45] Véase: Annicchiarico, *Un nuevo...*, pp. 308 y ss.

posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto, la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia sólo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos."[46]

2. Cuando la obligación tiene por objeto la entrega o restitución de un cuerpo cierto o determinado, que existe en el patrimonio del deudor. Al efecto cabe citar el artículo 528 del CPC: "*Si en la sentencia se hubiere mandado a entregar alguna cosa mueble o inmueble, se llevará a efecto la entrega, haciéndose uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Si no pudiere ser habida la cosa mueble, podrá estimarse su valor a petición del solicitante, procediéndose entonces como si se tratara del pago de cantidad de dinero*". La ejecución forzosa en especie en relación con la entrega de cosas ciertas se realiza mediante un mandato contenido en la sentencia dirigido al deudor a los fines de que se libere voluntariamente de la orden judicial, en caso de contravención y de encontrarse el bien en posesión del deudor, la entrega se efectúa incluso por medio de la fuerza pública, tal como lo dispone el citado artículo 528. Si la cosa cierta, no se encuentra en posesión del deudor, existe una imposibilidad de ejecución forzosa en especie[47].

3. En la obligación que tiene por objeto la entrega o restitución de cosas o que si bien se encuentran en el patrimonio del deudor pueden hallarse en el mercado a costa del deudor. Cabe referir el artículo 142, 4to párrafo del Código de Comercio. "*Si el comprador no cumple su obligación, el vendedor tiene derecho a hacer vender la cosa que es objeto del contrato o depositarla en una acreditada casa de comercio y, en defecto de ésta, en persona de responsabilidad, todo por cuenta del comprador.*

La venta se hará en la moneda o al precio corriente si la cosa que es objeto del contrato tiene precio de bolsa o de mercado, por medio de un vendutero o corredor, según el caso; y a falta de éstos, por medio de la persona designada por el Juez de Comercio.

El vendedor tiene derecho de exigir al comprador el pago de la diferencia entre el precio obtenido y el pactado en el contrato y el resarcimiento de los daños.

Si el vendedor no cumple su obligación, el comprador tiene derecho a comprar la cosa en la forma arriba establecida, por cuenta del vendedor y a ser resarcido de los daños.

El contratante que ejerce los derechos expresados debe dar inmediatamente aviso de ello al otro contratante".

---

[46] Véase: TSJ/SCC, Sent. 0301 del 25-6-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC-0301-250602-99866-99035.htm.

[47] Annicchiarico, *Convivencia...*, p. 276.

Si la obligación incumplida tiene por objeto una cosa genérica, la obligación siempre es susceptible de ejecución forzosa en especie, pues el género nunca perece, el deudor, mediante autorización del Juez, siempre podrá encontrar una forma de provocar la satisfacción del acreedor mediante la obtención de un resultado práctico que igual al que hubiese obtenido el acreedor si el deudor hubiera cumplido espontáneamente la obligación. Como acontece en que en el caso de obligaciones que pesan sobre cosas ciertas, si el bien se encuentra en posesión del deudor, el juez ordenará la entrega por medio de la fuerza pública si el deudor no opta por la ejecución voluntaria de la sentencia. Si por el contrario, el bien no se encuentra en posesión del deudor, a diferencia de las obligaciones de entregar cosas ciertas, no existe imposibilidad de cumplimiento forzoso en especie, pues el acreedor, de conformidad con el artículo 529 del CC, podrá solicitar autorización del Juez, para adquirir el bien genérico de un tercero[48].

Si se trata de incumplimiento de una obligación pecuniaria, la misma siempre es susceptible de ejecución forzosa en especie. Lo anterior es corolario del carácter *indestructible* de la obligación pecuniaria. Tal como lo dispone el artículo 527[49] del CPC, si la condena recae sobre una cantidad líquida de dinero el Juez ordenará embargar bienes propiedad del deudor. Si se trata de obligación de valor el Juez ordenará lo pertinente mediante una experticia complementaria del fallo si él no pudiere hacer la determinación. Una vez verificada la liquidación se ordenará el embargo de los bienes del deudor, quien será satisfecho con el producto de la subasta y venta forzosa de los bienes embargados[50].

4. Cuando la obligación tiene por objeto un hacer fungible[51], esto es, una obligación de hacer que puede ser cumplida por alguien distinto al deudor por no tratarse de una obligación *intuito personae*. Dispone el artículo

---

[48] *Ibid.*, pp. 276 y 277.

[49] *"Si la condena hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Juez mandará embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución. No estando líquida la deuda, el Juez dispondrá lo conveniente para que se practique la liquidación con arreglo a lo establecido en el artículo 249. Verificada la liquidación, se procederá al embargo de que se trata en este artículo".*
El Tribunal podrá comisionar para los actos de ejecución, librando al efecto un mandamiento de ejecución en términos generales a cualquier juez competente de cualquier lugar donde se encuentren bienes del deudor.
El mandamiento de ejecución ordenará:
1º Que se embarguen bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exceda del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga la ejecución.
2º Que se depositen los bienes embargados siguiendo lo dispuesto en los artículos 539 y siguientes de este Código.
3º Que a falta de otros bienes del deudor, se embargue cualquier sueldo, salario o remuneración de que disfrute, siguiendo la escala indicada en el artículo 598".

[50] *Ibid.*, p. 277.

[51] Véase: Catalá Comas, *ob. cit.*, pp. 87-95; Vidal Olivares, *El incumplimiento de obligaciones...*, pp. 158-177; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 421-423.

1266[52], primer párrafo CC: "*En caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor. Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniere a ella quedará obligado a los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención*". Y en sentido semejante dispone el artículo 529, 1er párrafo del CPC: "*Si en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el Juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer a costa del deudor caso de que el acreedor no formulare tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527*"[53].

La ejecución *in natura* de la condena es el objetivo primero y primordial de todo juicio cuya fase declarativa termina con un pronunciamiento ordenando un hacer. El hecho de que el requerimiento efectuado al ejecutado no haya surtido el efecto deseado no ha de impedir que se siga intentado[54]. Razones que atienden a la consideración de la dignidad humana hacen imposible desde el punto de vista legal que el deudor sea constreñido físicamente a la realización que constituye el contenido de la prestación. La imposibilidad toca exclusivamente al cumplimiento de la obligación en sentido estricto, pero no así al cumplimiento de la obligación en sentido objetivo[55].

De tal suerte, que la obligación de hacer que pueda ser realizada por un sujeto distinto al deudor original, con cargo a este, cumpliendo así la ejecución *in natura* su sentido original. "Si se trata de incumplimiento de obligaciones de hacer infungibles, las mismas no son susceptibles de ejecución forzosa en especie. En estos casos, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y se procederá al embargo de los bienes del deudor para su remate judicial. Del dinero producto de la venta se indemnizará al acreedor, de los daños sufridos a causa del incumplimiento"[56]. La solución se basa en que respecto a las obligaciones de hacer no se puede ejercer violencia sobre la persona del deudor y la libertad personal es cosa muy sagrada[57].

---

[52] Véase sobre dicha norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268...*, pp. 419-486.

[53] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 24-2-11, Exp. Nº 19.324, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/1240-24-19.324-13.html "Ahora bien, como quiera que la parte ejecutante ha solicitado la ejecución forzosa del fallo citado ut supra, ello ante la falta de cumplimiento voluntario del mismo por parte de los ciudadanos ...y habiendo sido éstos condenados al cumplimiento de una obligación de hacer consistente en demoler la pared que sirve de cerca perimetral del lado oeste del terreno respecto del cual son co-propietarios y retirarla hasta una distancia de tres metros, lo cual no consta en autos que hayan cumplido de manera voluntaria... "se autoriza a la ejecutante ....para que ejecute a costa de los prenombrados ejecutados la indicada obligación de hacer. Así se decide."

[54] Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 109.

[55] Annicchiarico, *Convivencia...*, p. 275.

[56] *Ibid.*, p. 277.

[57] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 422 y 423.

5. Cuando se trata de una obligación de no hacer que se ha manifestado en la realización de una obra material que puede ser destruida. Dispone el artículo 1268[58] CC: "*El acreedor puede pedir que se destruya lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, y puede ser autorizado para destruirlo a costa del deudor, salvo el pago de los daños y perjuicios*". En consonancia con el artículo 529 del CPC, el ejecutante podrá solicitar al Juez que disponga deshacer lo mal hecho[59].

El deudor debe destruir la obra material realizada en contravención a una obligación de no hacer, y si no la destruye podría entrar en aplicación el citado artículo, y el Tribunal podrá ordenar que se destruya la obra material a costa del deudor. Pero, en ocasiones el incumplimiento de la obligación de no hacer no puede ser subsanado por vía de la norma en comentarios, porque la misma no se manifiesta en una obra material. En cuyo caso el acreedor tendrá que conformarse con el resarcimiento del daño causado a tenor del artículo 1266, segundo párrafo CC: "*En caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor. Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniere a ella quedará obligado a los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención*"[60]. Se afirma que la autorización de destruir lo hecho no la concede la ley por vía subsidiaria, es decir, para el caso que el deudor se niegue a destruirla, pues de ser así lo habría aclarado expresamente. Por lo que infringida la obligación de no hacer, el acreedor tiene el derecho de hacer uso de la norma y pedir lo conducente al Juzgador[61].

Por la forma en que están redactados los artículos 1266 y 1268 del CC y 529 del CPC, la ejecución forzosa en especie es un derecho controlable por el Juez, quien puede acordarlo o no, en vista de las circunstancias, teniendo en cuenta la posibilidad de alcanzar el mismo resultado práctico que el cumplimiento del deudor hubiese procurado al acreedor y la onerosidad que represente este tipo de ejecución[62].

Debe indicarse aunque parezca obvio que el resarcimiento de un daño implica "un daño", pues no existe responsabilidad sin daño, perjuicio o lesión, que es presupuesto necesario de la responsabilidad. Es muy raro que el in-

---

[58] Véase sobre dicha norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268...*, pp. 515-531.

[59] Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 272.

[60] Véase: Tribunal del Municipio Colón y Francisco Javier Pulgar de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 23-2-10, Exp. 06-2954, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/marzo/502-23-2954-48.html "La ejecución de una obligación de hacer o no hacer, la actividad del juez se dirige al cumplimiento de las mismas, tal como es ordenado en la decisión, en caso negativo, el ejecutante será autorizado para efectuarla por su cuenta. Si la condena es de no hacer, el incumplimiento es referido a los daños y perjuicios; los que serán estimados como si fuera cualquiera otra indemnización. Si la condena se refiere a la destrucción de una cosa, el Juez la ordenará por cuenta del ejecutado"

[61] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 423.

[62] Annicchiarico, *Convivencia...*, p. 278.

cumplimiento de la obligación no produzca, un daño, pero en el supuesto extrañísimo de no lo produzca pues simplemente no existirá responsabilidad.

3.3. *La responsabilidad civil. La ejecución forzosa por equivalente*[63]
Vale recordar que el deudor responde de su obligación con todos sus bienes habidos y por haber (CC, art. 1863) una vez que incurre en responsabilidad patrimonial[64]. Y podrá ser forzado a ello a falta de cumplimiento voluntario o verdadero cumplimiento[65].

Frustrado el cumplimiento *in natura*, la ley concede al acreedor la posibilidad de exigir el equivalente económico de la prestación inicialmente debida[66]. El cambio de objeto inmediato de la ejecución procesal se producirá cuando el cumplimiento exacto resulte imposible física o jurídicamente o se considere inexigible[67]. Esto es, en los casos en que no se puede cumplir la prestación *in natura*, se acude subsidiariamente al cumplimiento por equivalente, que supone la sustitución de la prestación debida por su valor patrimonial[68]. De allí que se afirme que cuando subsistiendo la obligación, el cumplimiento forzoso en forma específica resultare irrealizable o, aun siendo todavía materialmente factible, no fuera ya idóneo para satisfacer el interés del acreedor, se concede a éste la facultad de obtener su equivalente en dinero, con base al principio de la responsabilidad patrimonial del deudor[69]. Esto pues vale recordar que la doctrina moderna duda del carácter absoluto de la prioridad del cumplimiento en especie.

La ejecución forzosa por equivalente, que tiene contenido indemnizatorio[70], permite la satisfacción del acreedor sin mediar coacción física alguna sobre el deudor[71]. Cuando se incumple la obligación por un hecho imputable a la voluntad del deudor y la ejecución forzosa en forma específica no sea posible de conformidad con la ley, surge para el acreedor una nueva obligación que es la de resarcir el daño. Se habla entonces de responsabi-

---

[63] Véase: Wayar, Ernesto Clemente: *La teoría del incumplimiento. El cumplimiento por equivalente en nuestro Derecho.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-11, www.acaderc.org.ar.

[64] Véase: Gorrín, *ob. cit.*, p. 97.

[65] Véase *supra* tema 1.5.3.

[66] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 190.

[67] Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 222.

[68] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 118

[69] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 189.

[70] Véase: Giorgianni: *ob. cit.*, p. 208, la ejecución forzosa en forma específica hace obtener al acreedor verdaderamente el mismo resultado que habría conseguido mediante el cumplimiento del deudor. La ejecución por equivalente, está en relación accidental con la obligación para reintegrar al patrimonio del acreedor el valor pecuniario del daño causado.

[71] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Sent. 25-02-09, Exp.15.717, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1328-25-15717-.html , Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 18-02-09, Exp. 18.614, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1240-18-18.614-15.html.

lidad personal del deudor consistente precisamente en una obligación de resarcir. A ella se refiere el artículo 1264, segunda parte del CC al indicar que "*el deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención de su obligación*". También cabe citar los artículos 1271[72] y 1272[73] CC. Esta consiste –como indicamos– en la ejecución forzosa por equivalente que para hacerse efectiva supone necesariamente liquidar el daño, esto es, precisarlo en su cuantía y valor. Lográndose reducir el daño a una suma de dinero mediante la estimación pecuniaria del monto.

Debe acontecer pues una liquidación previa del daño dado que la responsabilidad patrimonial del deudor se hará efectiva sobre bienes del propio deudor en virtud de la regla del artículo 1863 del CC. Tal responsabilidad se hace efectiva mediante la conversión en dinero de bienes del deudor, lo que se logra por el remate judicial de esos bienes. Al efecto debe tenerse en cuenta el artículo 1930[74] CC. Y es que el crédito debe reducirse a dinero porque es con dinero que va a ser efectiva la responsabilidad patrimonial por una razón de orden jurídico y práctico. Cuando se ha obtenido una sentencia "ejecutoriada" esto es "firme" contra el deudor, éste tiene la posibilidad de cumplir de manera espontánea la condena contenida en el dispositivo de la sentencia a los fines de evitar la ejecución. Para evitar la ejecución sobre sus bienes el deudor puede pagar, y con ello evita el procedimiento de remate, que consiste en una venta pública dirigida por el respectivo Tribunal bajo las normas del Código de Procedimiento Civil.

Estos presupuestos son distintos a los que suponen la ejecución forzosa en forma específica, a saber, el incumplimiento de la obligación y que sea posible con prescindencia del mismo deudor lograr el mismo resultado práctico si hubiera obtenido si el deudor hubiere cumplido. Dadas esas condiciones procede la ejecución en especie. Mientras que descartada ésta el deudor debe responder del daño causado por vía de responsabilidad civil, cuando el incumplimiento doloso o culposo haya causado un daño al acreedor. Pero ésta tampoco supone que el deudor sufra ejecución sobre sus bienes, la sufrirá si él no evita cumpliendo de manera espontánea la nueva obligación de reparar.

A propósito del cumplimiento por equivalente, se ha indicado que se pudiera más bien entenderlo como la consecuencia natural del contrato

---

[72] "*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*".

[73] "*El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido*".

[74] "*Los bienes, derechos y acciones, sobre los cuales haya de llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una sentencia ejecutoriada o un acto equivalente, y que se haya determinado el crédito, cualquiera que sea su naturaleza, en una cantidad de dinero; ni podrá decretarse el embargo preventivo antes de haberse propuesto la demanda sin que haya a lo menos presunción grave de la obligación*".

cuando este es incumplido, concibiéndolo no simplemente como una forma de reparación o indemnización de daños –que es la función típica de la responsabilidad civil– sino como verdadero cumplimiento de la obligación originalmente contraída[75]. Pudiendo seguirse una tesis intermedia según la cual la responsabilidad contractual es un concepto complejo que tiene una doble función, la de pago como cumplimiento por equivalente y la de reparación de daños sufridos[76]. La equivalencia suele encontrarse así en la conversión en dinero, en el equivalente pecuniario[77].

4. Tipos de cumplimiento

4.1. Cumplimiento voluntario. Tiene lugar cuando el deudor por su voluntad cumple la obligación contraída, sin que medie coacción alguna. A éste lo denomina la doctrina "cumplimiento en sentido estricto", a saber, la realización de la prestación por el deudor en forma espontánea. Por oposición a "incumplimiento" en sentido estricto cuando la prestación no ha sido cumplida por el deudor en forma exacta y espontánea[78]. Se alude a este tipo de cumplimiento como *"subjetivo"* porque precisa necesariamente del sujeto del deudor. Por oposición al cumplimiento objetivo en que el acreedor recibe el mismo resultado aunque no sea del deudor, ya sea de un tercero o en forma forzosa[79]. El modo normal, exacto y voluntario de cumplir la prestación lo es a través de la persona del deudor, no sobre su patrimonio ni por un tercero[80].

4.2. *Cumplimiento forzoso.* Cumplimiento coactivo impuesto por los tribunales de justicia. Puede ser en *especie y* en su defecto por equivalente. En la ejecución forzosa en *especie* o *in natura*, el acreedor obtiene, pero por vía coactiva, el mismo resultado que hubiese obtenido mediante el cumplimiento voluntario del deudor. Dicha ejecución tiene prioridad sobre el cumplimiento o ejecución por equivalente[81], aunque vimos que ello lo limitan algunos a la fase previa al incumplimiento[82]. La doctrina distingue la ejecución forzosa en especie de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer[83].

4.3 *Cumplimiento por equivalente*[84] por oposición a cumplimiento o ejecución en especie o específica o *in natura.* Es la forma sucedánea de la

---

[75] Rodríguez Matos, Gonzalo: *Notas de una controversia sobre la naturaleza de la responsabilidad contractual. En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804,* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 472.

[76] *Ibid.*, pp. 472 y 473.

[77] Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 225.

[78] Annicchiarico, *Convivencia...*, p. 251.

[79] Véase: *ibid.*, p. 252.

[80] Beltrán de Heredia y Onis, *ob. cit.*, p. 64.

[81] Véase: Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 172, rige la preeminencia de la ejecución específica sobre la indemnización sustitutoria o cumplimiento por equivalente.

[82] Véase: Annicchiarico, *Un nuevo...*, p. 288.

[83] Véase: Annicchiarico, *Convivencia...*, pp. 269-278.

[84] Véase: *ibid.*, pp. 278 y 279.

ejecución en especie. Acontece cuando esta última no es posible. Consiste generalmente, aunque no necesariamente, en la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1274 y 1271 CC). Se distinguen los daños y perjuicios *compensatorios* y los *moratorios*[85]. Se afirma que no es más que la puesta en escena de la responsabilidad patrimonial del deudor frente a la violación de un deber contractual preexistente[86], cuando concurren los elementos típicos de la responsabilidad civil (daño, culpa y relación de causalidad)[87], que veremos próximamente. Se discute si tales daños y perjuicios constituyen una acción autónoma o está integrada a la acción de cumplimiento por equivalente. La mayoría de la doctrina se inclina por considerarla integrada[88].

5. Prueba de las obligaciones[89]

Dispone el artículo 1354 del Código Civil: "*Quien pida la ejecución de una obligación deberá probarla y quien pretenda haber sido libertado de ella debe probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación*". En sentido semejante se pronuncia el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil: "*Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba*"[90].

De tal suerte, que como es natural, la obligación precisa probarse[91]. Se afirma que ello es una proyección de las reglas procesales en general[92], que se extienden a las obligaciones mercantiles[93].

---

[85] Véase: Barbero, Ariel Emilio, *ob. cit.*, pp. 17-22.

[86] Annicchiarico, *Convivencia...*, p. 278.

[87] *Ibid.*, p. 279.

[88] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 192.

[89] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 141-198; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 589-714; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 63-71; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 181 y ss.; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 167-173; Peñalba Pinto, Gonzalo*: La prueba del contrato*. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 199-213.

[90] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00722 de 27-7-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00722-270704-02306.htm; Juzgado Décimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-9-08, Exp. AP31-V-2008-001611, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/septiembre/2157-18-AP31-V-2008-001611-PJ0102008000120.html; TSJ/SCC, Sent. 543 del 27-7-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC-00543-270706-05349.HTM.

[91] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 18-02-09, Exp. 18.614, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1240-18-18.614-15.html Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Nueva Esparta, Sent., 19-6-15, Exp. 11.613-14, http://*nueva-esparta.tsj.gob.ve/**DECISIONES/2015**/junio/283-19-11613-14-.HTMl* "La obligación necesita probarse para que pueda ejecutarse por el sujeto pasivo la prestación conforme fue pactada. Y a la vez, en caso de cancelación, el deudor debe demostrar su pago o liberación".

[92] Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-2-15, Exp. AP11-M-2011-000463, http://*caracas.tsj.gob.ve/**DECISIONES/2015**/.../2116-9-AP11-M-2011-000463-.html*.

[93] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Nueva Esparta, Sent., 19-6-15, Exp. 11.613-14, http://*nueva-esparta.tsj.gob.ve/**DECISIONES/2015**/junio/283-19-11613-14-.HTMl* "...Las obligaciones mercantiles y su

La carga de la prueba depende de la posición que asuma el demandado: si reconoce obligación debe pagar. Si niega la obligación el demandante deberá probar que efectivamente existe la obligación. Otra opción es que el demandado reconoce pero alega existencia de un hecho que tiende a destruir el derecho del demandante[94]. Entre las pruebas se ubican las presunciones (CC, art. 1394[95]), la presunción legal dispensa de prueba a quien la tiene a su favor (CC, art. 1397[96]). Presunción de culpa (CC, art. 1271, debe probarse causa extraña no imputable).

La materia relativa a la prueba de las obligaciones se ubica en los artículos 1354 y siguientes del CC, amén de las reglas probatorias contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Vale recordar el artículo 1.387[97] del Código Civil, que establece la inadmisibilidad de la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o extinguirla, cuando el valor del objeto del contrato o convención, exceda de dos mil bolívares, ni para desvirtuar o modificar una convención contenida en documento público o privado[98]. No obstante, el artículo 1393 CC permite dicha pruebas en casos excepcionales e incluye la pérdida del título por causa extraña no imputable[99]. Se aprecia interesante decisión que considera procedente el pago del premio de lotería sin el respectivo ticket[100].

---

liberación se prueban por cualquier medio de prueba de las previstas en el artículo 124 del Código de Comercio y con cualquiera de los medios probatorios previstos en el Código Civil".

[94] Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.,* pp. 65-67.

[95] *"Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido".*

[96] *"La presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene en su favor".*

[97] Véase: PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 287-298.

[98] Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 27-9-10, Exp. 41.121, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/septiembre/512-27-41121-502.html; J.R.G., T. 163, TSJ/SCC, Sent. 30-3-00, pp. 588 y 589, no es admisible la prueba de testigos porque la obligación excede de 2000 Bs.

[99] *"Es igualmente admisible la prueba de testigos en los casos siguientes: 1º En todos los casos en que haya existido para el acreedor la imposibilidad material o moral de obtener una prueba escrita de la obligación; 2º Cuando el acreedor haya perdido el título que le servía de prueba, como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor; y 3º Cuando el acto es atacado por ilicitud de la causa".* Véase también: Código de Comercio, artículo 128, establece libertad para utilizar la prueba testimonial en materia mercantil. Véase también a propósito de la materia mercantil respecto de las facturas aceptadas expresa o tácitamente: TSJ/SCC, Sent. Nº 745 del 28-11-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC.000745-281112-2012-11-705.HTML; TSJ/SCC, Sent. Nº 137 de 4-4-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Abril/RC.000137-4413-2013-12-589.html ; Juzgado Superior del Circuito Judicial Civil Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 28-7-14, Exp. GP31-R-2014-000024, http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/JULIO/2589-28-GP31-R-2014-000024-PJ0092014000051.HTML.

[100] Vid. TSJ/SCC, Sent. 000590 del 22-9-14, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/septiembre/168895-RC.000590-22914-2014-14-182.HTML.

TEMA 7
Incumplimiento Involuntario: La Causa Extraña no Imputable[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Especies 3. Caracteres o requisitos 4. Efectos 5. Distintas especies de obligaciones 6. Prueba 7. Commodum repraesentationis (CC, art. 1345)*

1. Noción

El incumplimiento involuntario, como es lógico, es aquel que no es imputable a la voluntad del deudor[2]. Una prestación se torna objetivamente imposible de cumplir cuando según las concepciones del tráfico jurídico es prácticamente irrealizable para cualquiera[3]. El incumplimiento no imputable al deudor es aquel que tiene lugar por causas totalmente ajenas a su voluntad[4]. De lo que se deduce que el deudor no es responsable jurídicamente cuando su incumplimiento no se deriva de su responsabilidad, esto es, se deriva de una causa extraña que no le resulta imputable.

Esto por cuanto, imputar es "atribuir"[5], esto es, atribuir la responsabilidad al autor del incumplimiento. Por lo que la imputabilidad acontece cuando al sujeto protagonista del accionar ilícito se le puede atribuir responsabilidad por las consecuencias jurídicas que se hayan producido[6]. De allí que se aluda normalmente a "causa extraña no imputable" como una circunstancia "no atribuible" a la conducta del deudor que hace imposible el cumplimiento de la obligación. No hay culpa del deudor cuando el cumplimiento exacto re-

---

[1] La versión preliminar del presente tema fue publicada en el Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015, Caracas, ACIENPOL, 2015, T. IV, pp.2785-2812. Véase sobre el tema: Mélich Orsini, José: *Doctrina ...*, pp. 502-521; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 179 y 180; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 131-133; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 232-236; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 196-205; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, pp. 202-213; Harting R., *ob. cit.*, pp. 129-138; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 440-446; Miliani Balza, *ob. cit.*, p. 302; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 169-176; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 79-83; Soto Nieto, Francisco: *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*. Barcelona, Nauta, MXMLXV; Fernández Campos: Juan Antonio: *La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida*. En: Anales de Derecho Nº 20, Universidad de Murcia, 2002. Pp. 35-53, http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56711/54661 ; Torrent, Armando: *Culpa debitoris –imposibilidad sobrevenida– perpetuatio obligationis*. En: AFDUDC Nº 10, 2006, pp. 1169-1194, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2468/1/AD-10-57.pdf ; Barea, Margarita Castilla: *la responsabilidad por incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida en los contratos celebrados con las agencias de viajes en la comunidad autónoma de Extremadura*. http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119407.pdf ; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 235-238.

[2] Véase: Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, p. 710, el incumplimiento involuntario del deudor acontece cuando éste deja de cumplir la obligación por un hecho ajeno a su voluntad, de los cuales los más importantes son el caso fortuito y la fuerza mayor; Sánchez Cid, Ignacio: *Lecciones de Derecho Civil (parte general, obligaciones y contratos)*. España/Salamanca, Ratio Legis, 2012, p. 280, el incumplimiento involuntario responde a causas ajenas a la voluntad del deudor.

[3] Larenz, *ob. cit.*, p. 301.

[4] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 113.

[5] Wayar, *ob. cit.*, Vol. I, p. 509.

[6] *Ibid.*, p. 510.

sulta impedido por algo que no le es imputable[7]. La figura pues, tiene lugar cuando la prestación debida resulta legal o físicamente imposible[8]. Algunos también incluyen el instituto dentro de los supuestos relacionados con la ambigua expresión "frustración" del contrato[9]. Otros aluden a "extinción" del contrato, como consecuencia de la extinción de la obligación, que es uno de los efectos de la figura, precisamente por imposibilidad de cumplimiento[10].

De allí que se hable a "imposibilidad sobrevenida" de la obligación ante el supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación, en que no medie culpa ni mora del deudor y que si se trata de una obligación de dar sea de una cosa específica[11]. Pues como veremos, el género nunca perece[12].

Indica el artículo 1271 del Código Civil: "*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una* ***causa extraña que no le sea imputable****, aunque de su parte no haya habido mala fe*" (destacado nuestro). De dicha norma se deriva que el incumplimiento involuntario proviene de una *causa o circunstancia no imputable* o no atribuible al deudor. Lo cual refuerza el artículo 1272 *eiusdem*: *"El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un* ***caso fortuito o de fuerza mayor,*** *ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido*" (destacado nuestro). Obsérvese que el artículo 1271 se refiere más propiamente a la expresión genérica "causa extraña que no le sea imputable", en tanto que el artículo 1272 sólo hace referencia a dos de sus especies o modalidades (caso fortuito o fuerza mayor), sin perjuicio que la norma ciertamente aplique a otras modalidades de causa extraña no imputable.

---

7 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 180. En fórmula negativa, por no serle imputable, no es culpable el deudor. En sentido positivo, ante un suceso inevitable por imprevisible o porque previsto no se puede impedir el deudor no responde.

8 Fernández Campos, *ob. cit.*, p. 36.

9 Véase: Sánchez Lorenzo, Sixto: *La frustración del contrato en el Derecho Comparado y su incidencia en la contratación internacional*. En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2005, pp. 45-88, http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/7501/1/FRUSTRACION%20DEL%20CONTRATO.pdf aunque el autor incluye el cumplimiento excesivamente oneroso (Véase *ibid.*, p. 46) y aquellas circunstancias que si bien no hacen materialmente imposible la ejecución del contrato anulan de forma manifiesta su fin económico-jurídico, produciéndose una frustración de la causa (*ibid.*, p. 55). Véase: García Caracuel, Manuel: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid, Dykinson, 2014, p. 63, la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad tienen un mismo tratamiento doctrinal y jurisprudencial en algunos países que propicia la "frustración".

10 Véase: Gómez Vásquez, Carlos Fernando: *Riesgo contractual y extinción del contrato*. En: Opinión Jurídica, Vol. 5, Nº 10, Medellín, Julio-Diciembre 2006, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302006000200007&script=sci_arttext.

11 Álvarez Olalla y otros, *ob. cit.*, p. 127; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, Vol. II, p. 194, es una imposibilidad posterior al nacimiento de la obligación, definitiva y objetiva. Véase sin embargo: Torrent, *ob. cit.*, p. 1172, para quien la responsabilidad es siempre subjetiva, esto es, en función del propio deudor.

12 Véase *infra* tema Nº 5.1.3.

La *causa extraña no imputable* supone aquellas circunstancias ajenas a la voluntad del deudor que le hacen imposible el cumplimiento de la prestación debida y por tal lo exoneran de responsabilidad a aquel. Se ubican tales causas entre aquellas que eliminan la relación de causalidad[13] como elemento de la responsabilidad civil. Constituyen pues, obstáculos o circunstancias que propician el incumplimiento involuntario, teniendo generalmente, efectos liberatorios y eventualmente efectos restitutorios. "Se trata de un acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, impredecible o bien inevitable, al que no se puede resistir que le impide cumplir definitiva y totalmente la obligación asumida"[14]. Implica una expresión genérica que engloba todas las modalidades de cumplimiento involuntario[15]. Se justifica porque nadie está obligado a lo imposible[16].

Se hace referencia a esta figura cuando la prestación que fue teóricamente posible en el momento de su constitución ha devenido imposible después, ocasionando así la insatisfacción del interés del acreedor.[17] De tal suerte que la causa extraña no imputable se presenta en el ámbito del Derecho de las obligaciones[18], como un evento o acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor que sobrevenidamente le impide absolutamente el cumplimiento de la obligación inicialmente pactada.

Reseña así la jurisprudencia que "pueden surgir circunstancias que impidan al deudor cumplir su obligación, sea por voluntad propia o por un hecho involuntario. En el supuesto de incumplimiento involuntario de la obligación estamos en presencia de lo que la doctrina denomina «causa extraña no imputable», que está caracterizada por una imposibilidad absoluta para el deudor de cumplir su obligación, imposibilidad que además de no serle imputable, debe ser sobrevenida, imprevisible e inevitable. La causa extraña no imputable encuentra su fundamento legal en el artículo 1271 del Código Civil[19]. La noción de la figura incita a diferenciar las nociones

---

[13] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 179; Domínguez Guillén, *Diccionario...*, p. 31, *infra* tema 11.

[14] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 235, el autor agrega que puede también imponer un retardo en el cumplimiento que causa daños al acreedor pero que eximen de la indemnización moratoria; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 90, "acontecimiento imprevisible e irresistible que impide a una persona ejecutar su obligación".

[15] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 196.

[16] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 236. El problema se complica si la otra parte sí puede cumplir su obligación, pero ello trata de resolverse con la teoría de los riesgos.

[17] Goyas Céspedes, Lianet*: El incumplimiento de las obligaciones en el ámbito jurídico civil cubano.* IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 23, 2009, p. 167. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., Puebla, México, http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963008.pdf.

[18] Aunque a veces es extensible a otros ámbitos como el procesal. Véase entre otros Código de Procedimiento Civil, art. 202, Ley Orgánica Procesal del Trabajo, art. 131, Código Orgánico Tributario, artículo 85, num. 3. Véase entre otras: TSJ/SCS, Sent. Nº 263 de 25-3-04; TSJ/SCC, Sent. Nº 586 de 19-9-08; TSJ/SCC, Sent. 692 del 26-11-09l; TSJ/SConst., Sent. Nº 1710 del 10-11-08; TSJ/SConst., Sent. 1465 de 3-11-09; TSJ/SConst. Nº 1560 de 10-11-09; TSJ/SConst. Nº 834 del 5-8-10.

[19] Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, Sent. 20-1-09, Exp. 0647/SMP , http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2009/enero/2259-20-0647-.html.

de “causalidad” e “imputabilidad”. Y así aunque la obligación haya sido incumplida, si falta la relación de causa a efecto entre culpa imputable al deudor y el evento que generó la imposibilidad de cumplimiento, no procederá condenar al deudor al resarcimiento[20].

2. Especies[21]

El Código Civil en su art. 1271 alude genéricamente a una “*causa extraña” que no le sea imputable* al deudor[22], la cual es el género[23] que incluye entre sus especies: el “**caso fortuito**” **y la** “**fuerza mayor**” (CC, art. 1272) a los que se agrega el **hecho del príncipe, el hecho del tercero y el hecho del acreedor**[24]. Algunos añaden la *pérdida de la cosa debida*[25], en tanto otros, más precisamente la ubican entre los modos de extinción de las obligaciones[26], pero se aclara que más bien forma parte del género de la imposibilidad sobrevenida aunque con una connotación específica a las *obligaciones de dar*[27]. Pero dicha pérdida de la cosa debida[28] puede ser consecuencia de las citadas especies de causa extraña no imputable por lo que es discutible que configure una causa autónoma. Tales especies de causa extraña no imputable están en su mayoría referidas en el artículo 1193 del Código Civil relativo a la responsabilidad civil por cosas (extracontractual)[29], materia en

---

[20] Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 506.

[21] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 129-131.

[22] *“El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”*; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 169 y 170.

[23] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 232, el género de la causa extraña no imputable tiene varias especies; Miliani Balza, *ob. cit.*, p. 302, según se deriva de los artículos 1271 y 1272 CC, la causa extraña no imputable es el género, con distintas especies.

[24] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 27-4-06, Exp. KP02-T-2005-000101 , http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2006/ABRIL/652-27-KP02-T-2005-000101-.HTML; Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 505, no hace referencia al “hecho del príncipe” como causa autónoma”.

[25] Véase incluyendo a las anteriores “la pérdida de la cosa debida”: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 232; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 131; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 202 y 203 (en el mismo sentido y citando al autor Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-5-11, Exp. AP11-V-2010-000561, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/2123-16-AP11-V-2010-000561-S-N.HTML del mismo tribunal Sent. 5-5-10, Exp. AP11-V-2009-000629, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MAYO/2123-5-AP11-V-2009-000629-S-N.HTML); Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 29-11-07, Exp. 5206, http://yaracuy.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/NOVIEMBRE/1431-29-5206-.HTML “CAUSA EXTRAÑA NO IMPUTABLE la cual está constituida por diversos hechos a saber: EL CASO FORTUITO, LA FUERZA MAYOR, LA PERDIDA DE LA COSA DEBIDA Y EL HECHO DEL PRINCIPE.

[26] Figura a la cual no hace referencia Lagrange (*Apuntes*...) pues más bien el CC la ubica (art. 1344) entre los *modos de extinción de las obligaciones*. Sobre la pérdida de la cosa debida, véase CC, arts. 1344 y 1345; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 168-172.

[27] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 401; Goyas Céspedes, *ob. cit.*, p. 167.

[28] Véase: Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 569-573.

[29] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 179.

la cual se alude a "culpa de la víctima"[30] en lugar de hecho del acreedor. La norma agrega: el hecho de un tercero, caso fortuito y fuerza mayor.

La noción de *fuerza mayor y caso fortuito* es tan importante a los efectos de la responsabilidad contractual como la propia idea de culpa[31]. Se ha pretendido distinguir entre fuerza mayor y caso fortuito[32], con base –entre otros– al criterio de la "evitabilidad": la fuerza mayor viene dada por hechos imprevisibles pero que no se podían haber evitado (terremoto, inundación)[33], el caso fortuito es un hecho imprevisible en principio pero que de haberse previsto no hubiera podido evitarse[34]. Otro criterio es el de la procedencia del hecho impeditivo, según sea externo o interno al ámbito en que se desenvuelve la relación obligatoria, así si el suceso es externo es fuerza mayor (terremoto) y si es interno se trataría de caso fortuito (robo). En efecto, el caso fortuito se asocia al interior del afectado o su círculo en tanto que la fuerza mayor se origina afuera con una violencia insuperable[35], se trata de un evento irresistible por no existir fuerza humana capaz de hacerle frente con éxito[36]. Hay quien considera que la frontera vendría dada por la "gravedad" que se le impone a la fuerza mayor[37]. Pero lo cierto es que la ley pareciera considerarlos sinónimos[38], por lo que para algunos

---

[30] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 210-212.

[31] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 307, el concepto de culpa no queda perfilado hasta que le resta la idea de caso fortuito.

[32] Véase: Soto Nieto, *ob. cit.*, pp. 21-30; Salas, Acdeel E.: "*Caso fortuito y ausencia de culpa*". En: *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, pp. 131-137. Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 503-505; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 233; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 203; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 171.

[33] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 280; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 199, la fuerza mayor es un acontecimiento que previsto o imprevisto es inevitable.

[34] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 233, el caso fortuito no puede preverse ni evitarse, en tanto que la fuerza mayor es irresistible pues ni el más prudente padre de familia podría evitar; Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 280, hechos previsibles que se podían haber evitado de haber tomados las precauciones (cortocircuito).

[35] Diez-Picazo y Gullón: *Sistema...*, Vol. II, p. 201. Véase también: Ospina Fernández, *ob. cit.*,p. 109, la fuerza mayor debe ser insuperable y ha de ser considerada objetivamente y no relativamente a las condiciones particulares del deudor; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 233, el caso fortuito es un hecho intrínseco a la actividad del deudor (la ruptura de una biela, la explosión de una caldera) y será fuerza mayor un rayo, un terremoto o una inundación; Salas, *ob. cit.*, p. 133, la fuerza mayor tiene carácter insuperable una suerte de vis divina, en tanto que el caso fortuito se realización con la realización de riesgos creados.

[36] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 199.

[37] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 183; Salas, *ob. cit.*, p. 133.

[38] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 131; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 179. Véase igualmente: Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 505; Lagrange (*Apuntes...*), considera que la ley pareciera utilizar los términos como sinónimos pues a veces los utiliza conjuntamente (CC, arts. 1193 y 1272; C.Com., arts. 139, 163, 164, 173, 188, 634 y 915), otros sólo "caso fortuito" (CC, arts. 134, 1588 y 1727) en tanto otros solo aluden a "fuerza mayor" (CC, 1594 y 1758; C.Com., arts. 161, 165 y 168); Bernad Mainar, *ob. cit.*,T. I, p. 200, la legislación venezolana por lo general, sigue la tendencia de la doctrina y legislación moderna al no establecer diferencias conceptuales ni efectivas apenas significativas entre ambas figuras; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 172, en Venezuela nuestra legislación sigue la tendencia de no establecer diferencias conceptuales entre ambos; Barea, *ob. cit.*, p. 410; Sánchez Lorenzo, *ob. cit.*, p. 48, nota 3, la distinción no parece que despliega una trascendencia esencial.

se trata de una "disquisición prácticamente inútil" porque la ley no hace diferencia entre ellas[39]. Por consiguiente, lo más acertado es concluir que caso fortuito y fuerza mayor son expresiones que, heredadas del Derecho romano desempeñan en nuestro sistema jurídico-civil un mismo papel. En consecuencia, pueden considerarse equivalentes y describirse como aquellos hechos o circunstancias que siendo absolutamente extraños a la voluntad del deudor, hacen que éste no pueda llevar a cabo el cumplimiento de su obligación y por tal quede exonerado de la misma[40].

La doctrina refiere que sería aconsejable que la ley más que referirse a "caso fortuito" y "fuerza mayor", en una futura reforma se haga referencia genéricamente a "causa extraña no imputable" (como lo prevé el artículo 1272) la cual incluye diversas especies[41] que veremos de seguidas. Con relación al caso fortuito y la fuerza mayor, se acota que los juicios de valor en su determinación han de relacionarse con la diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento de su obligación. "Sólo el deudor diligente podrá exonerarse, porque si el hecho ha podido ser previsto con la diligencia exigible o evitado con una actividad diligente, no habrá caso fortuito o fuerza mayor ni consecuentemente, liberación o exoneración[42].

Otro supuesto de causa extraña no imputable es el *hecho del príncipe*[43], el cual constituye un evento o decisión emanada de la autoridad que igualmente imposibilita el cumplimiento de la obligación. Por tal se entienden todas las disposiciones imperativas que tienen origen en el Estado en cualquiera de sus órganos (ley, reglamento, decreto, ordenanza, etc.) que impiden el cumplimiento de la obligación[44]. La figura parece tener su origen en la Edad Media. Por ejemplo, el sujeto que asume la obligación de importar determinado aparato pero posteriormente estos son declarados

---

39 Moisset de Espanés, *Curso...*, T. II, p. 276; Salas, *ob. cit.*, p. 134, otros opinan que no hay diferencia entre tales conceptos siendo esta la opinión dominante y más ajustada a la ley. Pues ambos conceptos son fungibles; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda en los Teques, Sent. 19-11-04, Exp. 0418-04, http://miranda.tsj.gob.ve/DECISIONES/2004/NOVIEMBRE/100-19-0418-04-.HTML. Su deslinde resulta tan difícil o sutil, que la generalidad de los códigos y buena parte de la doctrina no ahonda en ello y establece iguales consecuencias para una y otra.

40 Lasarte, *ob. cit.*, p. 134.

41 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 232.

42 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 147.

43 Véase: Romero Mendoza, Alfredo: *El hecho del príncipe en los contratos administrativos y su regulación en el Decreto que contienen las condiciones generales de contratación para la ejecución de obras.* En: Revista de Derecho Nº 4. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 461-478.

44 Véase: Domínguez Guillén, *Diccionario...*, pp. 77 y 78; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes con sede en San Cristóbal Estado Táchira, 2006 (fecha incompleta), Exp. 0548, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/enero/1324-30-0548-041-2006.html; Juzgado Décimo Quinto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 26-7-10, Exp. AP21-L-2008-006548, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/JULIO/2226-26-AP21-L-2008-006548-.HTML. "El hecho del príncipe deviene de una reorganización del estado por su poder imperio".

por el Estado de prohibida importación[45], o cuando la entrega de la cosa debida se ve frustrada por una expropiación por causa de utilidad pública, o la conducta debida es prohibida por una ley especial o una ordenanza[46]. Se aprecia decisión que incluye el supuesto de una orden judicial[47], pero habría que acotar que dicha sentencia no haya sido propiciada por la propia conducta del deudor. Algunos ubican el supuesto dentro del caso fortuito o fuerza mayor[48].

El *hecho del tercero* supone la atribución del evento a una persona distinta al deudor y al acreedor[49]. Se trata de la conducta de cualquier sujeto totalmente extraño a la relación obligatoria, que igualmente impide el cumplimiento de la obligación[50]. El deudor que no cumple con su acreedor por habérselo impedido una tercera persona para exonerarse de responsabilidad debe probar que el hecho fue imprevisible e irresistible[51]. Por ejemplo, el sujeto (taxista o huelguista) que impide que el deudor llegue a su destino ante una obligación de término esencial. No constituyen hechos de tercero aquellos por los cuales un sujeto sea responsable como los emanados de un apoderado o las personas que estén bajo su guarda. Por otra parte, debe constituir causa única y no concurrente de la imposibilidad[52], porque de lo contrario operaría una atenuación de la responsabilidad civil[53]. Para algunos no es más que una modalidad del caso fortuito[54], lo cual se ve claramente,

---

45 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 130 y 131; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 202, se refiere a todas las disposiciones prohibitivas o imperativas adoptadas por el Estado en aras del interés público e impiden el cumplimiento de la obligación. Su origen se remonta a la Edad Media.

46 Véase: TSJ/SCC, Sent. 53 de 8-2-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Febrero/RC.000053-8212-2012-11-503.html.

47 Véase: Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-5-11, Exp. AP11-V-2010-000561, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/2123-16-AP11-V-2010-000561-S-N.HTML. Véase del mismo tribunal: Sent. 5-5-10, Exp. AP11-V-2009-000629, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MAYO/2123-5-AP11-V-2009-000629-S-N.HTML.

48 Véase incluyendo la "expropiación" como un ejemplo de caso fortuito: Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 169; Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-11-13, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/NOVIEMBRE/2155-4-AP31-V-2013-000191-.HTML. Convenimos que el hecho del príncipe constituye una causa o fuerza mayor...

49 Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 110, se refiere a aquellas personas extrañas al deudor.

50 Véase: Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, Sent. 20-1-09, Exp. 0647/SMP , http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2009/enero/2259-20-0647-.html las causas que provocaron las interrupciones del servicio de energía eléctrica los días ... en la casa de domicilio del ciudadano ... se debieron a daños de terceros, lo que se encuentra fuera de la esfera de control de la compañía Electricidad de Caracas, en consecuencia no imputable a ella.

51 Mélich Orsini, José: *La lesión extracontractual del crédito.* En: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 594. Véase también sobre el tema: Fernández Arévalo, Ángela: *La lesión extracontractual del crédito.* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

52 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 129 y 130; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 212 y 213, se precisa que el hecho puedo ser atribuido a una persona distinta al deudor y al acreedor.

53 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 204.

54 Véase refiriendo el hecho del tercero como un supuesto de caso fortuito: López y López y otros, *ob. cit.*, p. 148.

por ejemplo, en el supuesto de un choque o de un robo que impide el cumplimiento de la obligación.

Finalmente, cabe citar el *hecho del acreedor*[55], quien voluntaria e involuntariamente podría frustrar el cumplimiento de la obligación[56]. Tiene su equivalente en materia extracontractual en el hecho de la víctima[57]. En materia contractual, acontece por ejemplo, cuando el deudor se ha comprometido a pintar un inmueble perteneciente al acreedor en quince días, pero el acreedor se ha ido de viaje y el deudor no tiene acceso al inmueble. Pues generalmente, en la dinámica de la relación obligatoria se precisa la colaboración del acreedor para el cumplimiento de la obligación[58]. Es factible que la negativa del acreedor no pueda ser resuelta mediante el procedimiento judicial de oferta real de depósito, característico de las obligaciones de dar y nos encontremos ante un supuesto de imposibilidad absoluta[59]. Podría no configurar causa extraña no imputable sino propiciar igualmente una atenuación de la responsabilidad civil[60]. Algunos lo ubican como una modalidad del caso fortuito y fuerza mayor[61].

Se trata pues, en definitiva, de eventos ajenos al deudor que tornan imposible el cumplimiento de la obligación.

3. Caracteres o requisitos[62]

3.1. *Que se trate de un hecho independiente o ajeno de la voluntad del deudor*, a saber, como su denominación lo denota se trate de una circunstancia enteramente ajena a su conducta ya sea dolosa o culposa. Esto es, que el

---

[55] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I. pp. 203 y 204; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 236, el acreedor tiene la obligación de no impedir que el deudor ejecute su obligación. Si el acreedor por cualquier causa, con intención o culpa, da lugar al incumplimiento no puede responsabilizarse al deudor.

[56] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 130, coloca el ejemplo del acreedor que se fue de viaje olvidando que el deudor iría a cumplir su obligación de hacer; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 440, coloca como ejemplo clásico si la mercancía trasportada por una compañía de ferrocarriles no ha sido entregada en buen estado al destinatario es por consecuencia del mal embalaje o de fallas del remitente.

[57] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 180, la culpa de la víctima en materia extracontractual tiene su equivalente en la culpa del acreedor en materia contractual.

[58] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 130; Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 111, acontece cuando el acreedor dolosa o culposamente coloca al deudor en la imposibilidad de cumplir.

[59] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 203.

[60] *Ibid.*, p. 204; Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 27-4-06, Exp. KP02-T-2005-000101, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2006/ABRIL/652-27-KP02-T-2005-000101-.HTML "la culpa de la víctima para constituir una causal general de exoneración y configurar una causa extraña no imputable requiere ser la causa única y exclusiva del daño, porque si concurre en la producción del mismo con la culpa del agente, no exonera, sino que la responsabilidad civil del agente se disminuirá en la medida en que la víctima ha contribuido en su producción".

[61] Véase: Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 440.

[62] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 234 y 235; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 208-210; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 172; Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 508; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 443 y 44; Fernández Campos, *ob. cit.*, p. 38-40; Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-5-11, Exp. AP11-V-2010-000561, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/2123-16-AP11-V-2010-000561-S-N.HTML.

acontecimiento no sea imputable al deudor; que entre el acontecimiento y la imposibilidad del cumplimiento exista un nexo de causalidad eficiente[63]. Este requisito es similar al de la "exterioridad".

3.2. *Que se trate de un evento imprevisible*[64] *e inevitable*[65], esto es, una "fuerza irresistible"[66]. Significa que no haya podido preverse o de ser éste el caso que no haya podido evitarse dentro de la lógica conducta que responde al parámetro de un buen padre de familia. Este ámbito guarda relación con el tipo de diligencia que le sea exigible[67]. La imprevisibilidad hace alusión a la necesidad de que lo sobrevenido del evento impeditivo del cumplimiento no haya podido ser pronosticable para un sujeto observante de la conducta de un buen padre de familia[68]. Sabemos que por aplicación

---

1. Imposibilidad absoluta de cumplimiento: ...2. Inevitabilidad... 3. Imprevisibilidad... 4. Ausencia de culpa o dolo por parte del deudor... 5. Sobrevenida (del mismo tribunal Sent. 5-5-10, Exp. AP11-V-2009-000629, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MAYO/2123-5-AP11-V-2009-000629-S-N.HTML; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 11-8-04, Exp. 0278-04, http://miranda.tsj.gob.ve/DECISIONES/2004/AGOSTO/100-11-0278-04-.HTML ; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 27-1-14, Exp. AP71-R-2013-001245, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/2138-27-AP71-R-2013-001245-13.194-DEF-CIV.HTML; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda en los Teques, Sent. 19-11-04, Exp. 0418-04, http://miranda.tsj.gob.ve/DECISIONES/2004/NOVIEMBRE/100-19-0418-04-.HTML. Debe ser: a) exterior, ajeno, a la persona obligada y a su voluntad; b) imprevisible, "extraordinario" o "anormal", c) inevitable, "irresistible" o "insuperable" por el contratante, y d) actual".

[63] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 130.

[64] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 234, se requiere la imprevisibilidad del hecho; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 170, son acontecimientos que no puede preverse; Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 504, la expresión "caso fortuito" buscar resaltar el carácter "imprevisible" del acontecimiento. Sin embargo algunos matizan que pudieran excepcionalmente preverse pero su magnitud lo hace irresistible; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 199 "imprevisto o previsto, pero inevitable"..."todo lo que no se puede prever por la mente humana, ni aunque fuera previsto pudiera evitarse" ; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 172, "siendo aún previsible crea una situación permanente y de tal magnitud que impide en forma absoluta el cumplimiento total o parcial de la obligación"; Lete del Río, *ob. cit.*, p. 130, que el hecho sea imprevisto y que siendo previsto sea inevitable o irresistible; Juzgado Tercero de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, en el Edificio Nacional de la ciudad de San Cristóbal, Sent. 20-4-10, Exp. 6261, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/abril/1347-20-6261-.html De acuerdo con los fines del proceso (instrumento para la realización de la justicia), aconseja la Jurisprudencia de Casación, flexibilizar el patrón de la causa extraña no imputable no solo a los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, sino a aquellas eventualidades del quehacer humano que siendo previsibles e incluso evitables, impongan cargas complejas, irregulares (que escapan de las previsiones ordinarias de un buen padre de familia) al deudor para cumplir con la obligación adquirida. Naturalmente, todo ello debe ser objeto de demostración al Juzgador para que se evidencie tal hecho; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 31-5-04, Exp. 0258-04, http://miranda.tsj.gob.ve/DECISIONES/2004/MAYO/100-31-0258-04-.HTML en este caso no se está solamente ante una situación totalmente imprevisible que puede estar subsumida dentro del caso fortuito o fuerza mayor (puesto que se está en presencia de un caso imprevisible como lo es la muerte), sino que se está en presencia de una eventualidad del quehacer humano que impuso una carga compleja sobre el accionante como lo es el acompañar a sus familiares y realizar todas las diligencias necesarias para el sepelio y realización de las pompas fúnebres del abuelo paterno.

[65] Véase: Soto Nieto, *ob. cit.*, p. 15.

[66] Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 106-110.

[67] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 202.

[68] Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 508 y 509.

del artículo 1.270 del Código Civil, la diligencia que ha de considerarse a los efectos del cumplimiento de la obligación es la de un buen padre de familia[69], la del deudor medio, admitiéndose sin embargo, que puede por aplicación de la autonomía de la voluntad, pactarse una diligencia distinta y también disponerse que se responde inclusive por caso fortuito o fuerza mayor. Por su parte, el carácter "irresistible" del acontecimiento debe ser tal que haga inútil o fútil toda oposición de parte del deudor[70].

El hecho debe ser imprevisible porque si lo hubiera podido prever y no lo hubiera hecho habría incurrido en culpa[71]. Se afirma así que habría que aplicar un criterio relativo para la apreciación de la imprevisibilidad, especialmente para los fenómenos naturales como la lluvia, viento, nieve, inundación, etc. En el sentido de que podían ser pronosticados por quien asume la obligación[72]. Muchas veces el acontecimiento es inevitable o irresistible pero no libera al deudor porque éste podía preverlo. Por ejemplo, alguna región donde es corriente que en la época de lluvia se desborden los ríos. Una persona que sea depositaria de una cantidad de reses debió conducirlas a un sitio seguro. Pues la inundación era un hecho perfectamente previsible[73]. Si por ejemplo, el chubasco que originó un derrumbe es previsible en mares y lagos, se traducen en hechos ordinarios. Para que se configuren como irresistible tendría que revestir extrema violencia[74]. De allí que se afirme que si el hecho fue previsto y el deudor creyó sobreponerse a él, debe responder[75]. Por lo que habría que concluir que el evento natural debe ser enteramente imprevisible o intempestivo, porque si estaba en el curso normal de la naturaleza y el mismo era de esperarse, el deudor debía tomar las respectivas previsiones[76].

Se agrega el sentido de "irresistible", esto es, el carácter insuperable del acontecimiento en el sentido de no bastar que no haya sido previsto sino que el deudor no lo haya podido superar no obstante su resistencia. El deudor que sea buen padre de familia deberá hacer un supremo esfuerzo en cumplir lo prometido sin escudarse en la dificultad[77].

---

[69] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 130, con relación al caso fortuito y la fuerza mayor se acota que los juicios de valor en su determinación han de relacionarse con la diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento de su obligación.

[70] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 209.

[71] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 197.

[72] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 509.

[73] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 234.

[74] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 453.

[75] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 109.

[76] Véase: Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 174, el evento no ha de ser previsible o evitable adoptando la diligencia debida. Pues los acontecimientos no exoneran si pudo evitarse su colisión con la prestación. Por ejemplo, situaciones acontecidas con relativa frecuencia.

[77] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 509.

La exigencia de la concurrencia de estos dos caracteres –imprevisibilidad e irresistibilidad– es lo que ha conducido a sostener la causa extraña no imputable a los fines de la necesidad de una imposibilidad absoluta del cumplimiento exacto para liberar al deudor[78]. Ello debe ser apreciado por el Juzgador en cada situación[79], tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. Por lo que la soberana apreciación del Juez permitirá combinar el concepto de buen padre de familia con las exigencias del medio particular de que se trate, con ciertos criterios de relatividad. Pues por ejemplo, se podría caer en el absurdo de pretender que eventos como un robo o atraco son perfectamente "previsibles" en nuestro medio, para lo cual deberá examinarse las circunstancias particulares del caso[80].

Entre los eventos de tal naturaleza que cita la doctrina se ubican hechos naturales (terremoto, accidentes atmosféricos, sequía[81]), enfermedad[82], guerra[83], huelga, motín, explosión[84], restricciones eléctricas, derribos[85], muerte, robo, incendio, etc.

3.3. *Que el evento haga imposible el cumplimiento de la obligación*, esto es, sea imposible cumplir la prestación, toda vez que si lo hace difícil u oneroso se estaría en el ámbito de la teoría de la imprevisión u onerosidad excesiva[86] en el cumplimiento de la prestación. Esta última se refiere a una posibilidad desproporcionadamente onerosa de cumplir la prestación, en tanto que la causa extraña a la imposibilidad absoluta[87]. De allí por ejemplo, según veremos la inflación no se configura como causa extraña no imputable[88], aunque si bien tampoco en principio da lugar a la teoría de la imprevisión, salvo que el aumento sea imprevisible por desproporcionado. No obstante algunos aludan a "imposibilidad económica" para referirse a la dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva[89].

---

78 *Ibid.*, p. 510

79 Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 107.

80 Por lo que no será lo mismo que el deudor circule con la cosa específica debida en una zona relativamente segura durante el día que en otra zona de alta peligrosidad en horario nocturno.

81 Soto Nieto, *ob. cit.*, pp. 35-37.

82 *Ibid.*, p. 37.

83 *Ibid.*, p. 39.

84 *Ibid.*, pp. 44 y 45.

85 *Ibid.*, pp. 48 y 49.

86 Véase *infra* tema Nº 8.

87 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 234, hay una estrecha conexión entre ambas teorías.

88 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 341 del 9-8-10, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Agosto/RC.000341-9810-2010-10-187.html Lo cual denota parte de su motivación para desestimar la alegación de la causa extraña no imputable, debido a que uno de los requisitos es que el hecho surja entre el momento de la celebración del contrato y antes de su culminación; mas, en el caso del fenómeno inflacionario en este país –se repite– tiene más de treinta (30) años ocurriendo.

89 Véase: Sánchez Lorenzo, *ob. cit.*, pp. 52-54.

3.4. *Que el deudor no haya incurrido en mora*[90], es decir, que no medie retardo culposo en el cumplimiento efectivo de la prestación debida. Ello a tenor del artículo 1344 del Código Civil a propósito de la pérdida de la cosa debida, que prevé como excepción la posibilidad de que el deudor pruebe o acredite que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor a pesar de la mora. El típico ejemplo que se coloca es el del animal que padecía de una enfermedad fatal. Cabe recordar que ello no aplica a la mora del ladrón, pues quien ha sustraído indebidamente una cosa responde de su pérdida y no puede alegar causa extraña aunque pruebe que de todos modos la cosa hubiere perecido[91]. Por lo que se afirma que debe acogerse la figura de la mora irrelevante que permite liberar al deudor moroso cuando se pueda demostrar que lo mismo hubiese ocurrido de haber cumplido puntualmente[92].

3.5. *Exterioridad*[93] *o no imputabilidad*, en el sentido de que el evento sea exterior o ajeno al deudor, pues de serle imputable comprometería su responsabilidad. Es necesario que quien invoca la causa extraña no imputable no haya dado causa a la misma. Carácter que debe ser considerado con alguna moderación. Para algunos la causa debe ser física y materialmente ajena al deudor[94]. El presente requisito se relaciona con el de "imprevisible o inevitable" que ha de ser tal para un buen padre de familia, porque de lo contrario, el evento le sería imputable. Por definición la causa extraña no imputable no puede ser "causada" por el deudor[95]. La imposibilidad sobrevenida supone un evento que impide cumplir la obligación pero "sin que medie culpa del deudor"[96]. Al punto que para algunos autores la definición lógica de caso fortuito o de fuerza mayor sería el hecho que determina un incumplimiento no culposo como un rayo de tempestad súbita que hiere o mata a un animal del cual se es depositario[97]. De allí que se precisa que en ningún momento intervenga la culpa del deudor[98].

---

[90] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 235; Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 513.

[91] Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 235 y 236.

[92] Goyas Céspedes, *ob. cit.*, p. 168.

[93] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 511, el evento del cual deriva la imposibilidad debe ser exterior a la actividad del deudor.

[94] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 208 y 209, el autor señala que la exterioridad aplica al ámbito extracontractual y la imputabilidad al contractual.

[95] Véase *ibid.*, p. 209; Fernández Campos, *ob. cit.*, pp. 38 y 39, si es imputable al deudor, éste continúa obligado.

[96] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 197.

[97] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 232.

[98] *Ibid.*, p. 234, para lo cual procedería la teoría de la equivalencia de condiciones (en cuanto a la relación de causalidad). Véase también: Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 511, Cuando el deudor introduce una tercera persona a los fines de la ejecución del contrato se puede plantear la responsabilidad por hecho ajeno como sería el caso del artículo 1191 del Código Civil.

3.6. *La imposibilidad ha de ser "sobrevenida", esto es, posterior al nacimiento de la obligación* pues de existir al inicio de ésta se configuraría el supuesto de objeto imposible que vicia de nulidad la relación obligatoria[99].

4. Efectos[100]

La figura de la causa extraña no imputable aplica tanto al ámbito contractual como extracontractual. El deudor no responde por los sucesos que quedan fuera del ámbito de su control. Por lo que el efecto fundamental de la causa extraña no imputable es que libera al deudor de su obligación y lo libera de responsabilidad por daños y perjuicios. Ello es lo que se desprende con claridad de los artículos 1271 y 1272 del Código Civil. Excepcionalmente, según se indicó a propósito de los caracteres, el deudor responderá por causa extraña no imputable, cuando se encontraba en "*mora*". Esto es, la morosidad del deudor produce entre sus efectos la "traslación de los riesgos" de la pérdida de la cosa debida o más ampliamente, su responsabilidad por causa extraña no imputable.

Ello a tenor del artículo 1344 del Código Civil: "*Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído de restituir su valor*".

La extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento no genera consecuencias externas a la relación misma, diferentes de la liberación del deudor y la insatisfacción definitiva del acreedor[101]. La falta de cumplimiento derivada de una causa extraña no imputable, esto es, una imposibilidad no atribuible a la parte, no genera responsabilidad alguna para ésta[102].

---

[99] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 234; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T.I, p. 198; Fernández Campos, *ob. cit.*, p. 38; Martínez Velencoso, Luz M.: *Riesgo negocial v. cláusula "rebus sic stantibus*". En: InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, enero 2011, p. 8, *www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/226710/308332*.

[100] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 180, desvirtúa el vínculo de causalidad y libera al agente de responsabilidad; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 236 y 237; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 445 y 446; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 131 y 132, puede conllevar a efectos restitutorios; Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil Mercantil de Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-5-11, Exp. AP11-V-2010-000561, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/2123-16-AP11-V-2010-000561-S-N.HTML del mismo tribunal Sent. 5-5-10, Exp. AP11-V-2009-000629, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MAYO/2123-5-AP11-V-2009-000629-S-N.HTML.

[101] Gómez Vásquez, *ob. cit.*

[102] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 311.

Así pues, entre los efectos de la causa extraña no imputable derivados de los artículos 1271 y 1272 del Código Civil se indican que libera al deudor de su obligación y de responder de daños y perjuicios. A menos que el deudor esté en mora, salvo que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor. Pero este último supuesto no se aplica a la "mora del ladrón". Finalmente, cabe recordar que por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, el deudor puede tomar para sí el riesgo de la causa extraña.

Podría excepcionalmente, la causa extraña no imputable, tener un efecto meramente suspensivo en la obligación si su acaecimiento hace posible el cumplimiento, pero en un momento posterior. Por lo que se alude a "imposibilidad transitoria" que mal podría extinguir la obligación sino simplemente suspenderla[103]. Ejemplo, el terremoto que impide realizar un trasporte, pero solo temporalmente. Por lo que al cesar la misma se reanuda el deber de cumplimiento[104]. Así pues, si la imposibilidad es temporal tendrá lugar un mero retraso no culposo, salvo que se trate de un término esencial[105]. En los contratos sinalagmáticos, el incumplimiento de una de las partes derivado de fuerza mayor, permite a la otra, pretender la resolución del contrato en igual condición que un incumplimiento culposo[106].

Uno de los supuestos de incumplimiento definitivo que se vincula al concepto de frustración del negocio, es la imposibilidad temporal prolongada; en este caso se dice que para determinar si se genera un supuesto de incumplimiento de la obligación, debe analizarse el límite que razonablemente debe tener la espera del acreedor, teniendo en cuenta que puede tener como consecuencia la pérdida del interés del acreedor en la prestación, aun cuando el término no sea considerado como esencial en la ejecución de la obligación, en cuyo caso sí estaríamos ante un claro supuesto de incumplimiento definitivo. En ese sentido el Código Civil italiano señala, en el artículo 1.256, que una imposibilidad temporal extingue la obligación si dura tanto tiempo que, de conformidad con el título constitutivo o con la naturaleza del objeto, el deudor no puede considerarse ya como obligado

---

[103] Véase: Fernández Campos, *ob. cit.*, pp. 40 y 41; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 446.

[104] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 235, si el obstáculo es temporal, la obligación quedará suspendida, no habrá culpa en el retardo pero no por ello quedará liberado el deudor; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 132; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I. pp. 204 y 205; Larenz, *ob. cit.*, p. 301, la prestación no se torna imposible cuando surge un obstáculo temporal que probablemente puede ser eliminado con posterioridad. Indicaba Lagrange (*Apuntes...)* que en los casos en que la imposibilidad no sea definitiva sino temporal, ella justificará el incumplimiento sólo mientras dura la causa. Una vez superada ésta se deberá cumplir sin mayor dilación la correspondiente prestación. Lo mismo acontece, por ejemplo, respecto del extravío de la cosa, que una vez hallada, el deudor debe cumplir sin dilación; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 27-1-14, Exp. AP71-R-2013-001245, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/2138-27-AP71-R-2013-001245-13.194-DEF-CIV.HTML no cabe dudas que el cese de la causa extraña no imputable, le acarrea a la demandada una sanción de carácter contractual, la cual es, precisamente el incumplimiento del contrato.

[105] Álvarez Olalla y otros, *ob. cit.*, p. 127.

[106] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 446.

o el acreedor ha perdido el interés en conseguir la prestación[107]. Por lo que la suspensión no debería ser indefinida en el tiempo o por un período tan prolongado que frustre el interés del acreedor.

Si el obstáculo es parcial, en principio el deudor debe cumplir con las prestaciones posibles; si el obstáculo es total la obligación se extingue[108]. Pero en el caso de la subsistencia de prestaciones posibles habrá que determinar si subsiste el interés del acreedor en tal ejecución, pues en caso contrario el Juez debe constatar la imposibilidad de cumplimiento de la totalidad de la prestación o prestaciones no ejecutadas[109]. Habría que precisar el interés en el caso concreto, como sería una obra de arte[110].

Por aplicación de la teoría de los riesgos[111], ese efecto liberatorio en las obligaciones bilaterales libera a la otra parte del cumplimiento de su obligación, y así de ser el caso estaría obligado a restituir lo recibido so pena de enriquecimiento sin causa[112]. Por lo que en atención a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones de las partes, si una de ellas no puede cumplir su obligación por causa extraña no imputable, no puede obligar a su contraparte a ejercitar su propia prestación[113].

Debe diferenciarse –según indicamos– la figura bajo análisis de la dificultad u onerosidad excesiva que no constituya imposibilidad absoluta y que está sometida a otro régimen según veremos *infra* 8. Por lo que se afirma que la obligación se extinguirá sin ulterior responsabilidad para el deudor o la cumplirá una vez eliminado el obstáculo[114].

5. Distintas especies de obligaciones (la causa extraña en las prestaciones positivas y en las prestaciones negativas. Hipótesis)

La causa extraña no imputable ciertamente es predicable de todo tipo de prestaciones ya sean positivas o negativas. Lo importante será distinguir un evento que haga imposible el cumplimiento de la prestación bien sea de contenido positivo u omisivo.

---

[107] Goyas Céspedes, *ob. cit.*, p. 169.

[108] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 235.

[109] Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 514.

[110] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 132 y 133, por ejemplo, si se contrata los servicios de un escultor al que se le entrega la mitad del precio antes de ejecutar la obra y luego padece una enfermedad incurable que le impide trabajar. El escultor afectado por la causa extraña debe devolver la cantidad recibida por anticipo pues de lo contrario habría enriquecimiento sin causa. Esto pues a decir del autor no siempre encontrará aplicación el artículo 1641 pues una estatua no culminada no siempre representará un valor útil específico. Aunque posiblemente un pintor famoso podría presentar interés en una obra incompleta. Véase también: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 205.

[111] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 515. Véase sobre dicha teoría: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 65-68; Gómez Vásquez, *ob. cit.*

[112] Véase Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 132 y 133, la causa extraña no imputable puede llevar a efectos restitutorios.

[113] Urdaneta Fontiveros, Enrique: *El derecho de desistimiento del consumidor.* En: Revista de Derecho Nº 35. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2014, T. II, p. 59.

[114] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, p. 710.

5.1. *En las obligaciones de dar*: hay que distinguir primeramente si se trata de prestaciones que tienen por objeto la entrega de un cuerpo cierto y determinado, en que el deudor no pueda sustituir una cosa por otra. Hipótesis prevista en el artículo 1344 del CC. Si se trata de una obligación de dar una cosa perteneciente a un género ilimitado no existirá imposibilidad toda vez que el género nunca perece, por lo que no se ve afectado por la causa extraña, salvo que se trate del perecimiento total de un género limitado (cosecha de vinos)[115]. En este último, la imposibilidad de cumplimiento solo acontecerá cuando todas las cosas que integran el género limitado lleguen a perecer totalmente. Y así por ejemplo, el dinero que es el género por excelencia no perece[116]. Mal puede alegarse causa extraña no imputable en el cumplimiento de la obligación dineraria; a lo sumo podría generar un retraso no culposo[117].

5.2. *En las obligaciones de hacer*: si bien la figura en tales obligaciones es más extraña no deja de ser posible. Podría darse por efecto de la muerte del deudor y por incapacidad física o mental sobrevenida de éste, cuando se trate de una prestación de hacer personalísima o infungible. Contrariamente no existe imposibilidad cuando se trate de una prestación de hacer fungible que pueda cumplir un sujeto distinto al deudor, por lo que los herederos continúan vinculados por la misma. Puede mediar también en las obligaciones de hacer, por ejemplo, por prohibición legal (hecho del príncipe) o por el hecho del acreedor (si se trasladó el deudor al sitio pactado a cumplir y el acreedor no se presentó). Pueden darse casos en que la imposibilidad sea parcial habrá de precisarse si el acreedor presenta interés en un cumplimiento parcial, como sería el caso de un artista famoso.

5.3. *En las obligaciones negativas*: Es perfectamente posible la causa extraña no imputable en obligaciones negativas que consisten en una omisión o en un tolerar[118]. Pues sí pudieran plantearse ejemplos[119]: si alguien asume la obligación de no utilizar las escaleras, ciertamente ello cede ante un siniestro como incendio o terremoto. Si alguien se obligó a no levantar una pared pero las lluvias torrenciales se lo imponen para salvaguardar su hogar. Si alguien se obligó a un no hacer, como no vender un producto,

---

[115] Véase: Zambrano Velasco, *Teoría General...*, p. 290, las obligaciones genéricas no se extinguen como consecuencia de la pérdida fortuita de la cosa debida (1344 CC) toda vez que "*genus nunquam perti*"; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 236, si las cosas debidas son cosas *in genere* y no cuerpos ciertos no podrá jamás alegarse la causa extraña; si se trata de un género limitado y perece todo si aplica la causa extraña, como cuando en 1848 se abolió la esclavitud en Francia y quienes estaban obligados a hacer la tradición quedaron liberados por la imposibilidad de cumplir la prestación; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 202 y 203; Sue Espinoza, *ob. cit.*, p. 105, en la obligación de género el deudor no se libera cuando la cosa se destruye fortuitamente; Pothier, *ob. cit.*, p. 160; Sánchez Lorenzo, *ob. cit.*, p. 49, la frustración del contrato no concurre cuando el objeto destruido es un bien genérico que resulta reemplazable.

[116] Véase: Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 73, el paradigma de la cosa fungible" o genérica es el dinero.

[117] Esto es un retardo no culpable o no moroso porque el día del pago el sujeto fue afectado por la circunstancia (por ejemplo, robo) pero ello no le impide cumplir posteriormente.

[118] Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 102-106.

[119] *Ibid.*, pp. 105 y 106; Sue Espinoza, *ob. cit.*, pp. 58-61.

pero por imperativo del Estado que se constituye en hecho del príncipe es obligado a ello, queda exonerado de responsabilidad ante el acreedor[120]. Y así por ejemplo, la modelo cuya obligación negativa accesoria consistía en no variar sustancialmente su peso corporal, bien podrá probar a los fines de su liberación, que ello es producto de una afección de salud (por ejemplo alteraciones del metabolismo) que no le es imputable. El propio hecho del acreedor bien podría excepcionalmente dar origen a la aplicación de la causa no imputable al deudor en las obligaciones de no hacer. Agrega Moisset que se puede indicar un ejemplo típico de la actuación de la fuerza mayor en la obligación de no hacer: el deudor que se obligó a no talar bosques a cierta distancia del inmueble del vecino, pero una disposición legal por razones de policía vegetal u otra circunstancia, impone talar esas plantaciones; entonces, el deudor que obra de esa manera, ejecutando lo que no podía ejecutar, se libera de la obligación sin ninguna responsabilidad[121]. Se agrega la obligación negativa de no hacer humo en una finca para evitar molestias al vecino colindante, pero ello acontece por incendio fortuito[122].

De tal suerte que, aunque aparentemente menos común que en las obligaciones positivas, la teoría de la causa extraña no imputable puede perfectamente encontrar aplicación en la esfera de las obligaciones negativas. Al efecto, indica acertadamente Ferrer de San-Segundo que en caso de incumplimiento el deudor responderá por cualquier causa de imputación, aunque no medie auténtica voluntad de infringir, “salvo que pruebe que procede su exoneración”[123]. Obviamente la prueba viene dada por la acreditación de la causa extraña no imputable que propició la acción que hizo incumplir la obligación negativa.

6. Prueba[124]

La prueba de la causa extraña no imputable obviamente le corresponde al deudor, pues la presunción de culpa en materia contractual ante su incumplimiento sólo puede ser desvirtuada mediante una causa extraña no imputable[125]. Los artículos 1271 y 1272 del Código Civil postulan el carácter del incumplimiento subjetivo por lo que el deudor que pretenda exonerarse de responsabilidad civil susceptible de derivarse en incumplimiento

---

[120] Véase en este sentido: Ferrer de San-Segundo, *La obligación...,* p. 234, cuando el deudor se haya comprometido a no levantar un vallado que limite las vistas del acreedor o impida su paso a la fuente integrada en el inmueble de aquél, pero las precipitaciones extraordinarias “obligue”, dada la ubicación y características de la finca a levantar el muro para evitar los daños o se imponga tal construcción por una norma jurídica.

[121] Moisset de Espanés, *ob. cit.,* pp. 346 y 347.

[122] Véase en este sentido: Ferrer de San-Segundo, *La obligación...,* p. 224.

[123] *Ibid.,* p. 57.

[124] Casas Rincón, *ob. cit.,* T. II, pp. 444 y 445.

[125] Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.,* p. 90, que rompa el vínculo de causalidad entre el daño y la conducta. La prueba de la causa extraña no implica la necesidad de la ausencia de culpa. Ausencia de culpa es sinónimo de diligencia y cuidado, los cuales una vez demostrados atacan el elemento culpa y tal prueba puede dejar intacto el vínculo causal; Casas Rincón, *ob. cit.,* T. II, p. 444.

objetivo, debe comprobar una causa extraña no imputable y que él no haya provocado tal hecho[126]. De tal suerte, que el incumplimiento contractual que genera una presunción de culpa del deudor[127], sólo puede ser enervada o desvirtuada mediante la acreditación de la respectiva causa extraña no imputable. Esto es, el deudor tiene la carga de la prueba de la circunstancia que le impidió involuntariamente cumplir su obligación. El Juez apreciará en el caso concreto el alegato y la prueba respectiva de la causa extraña[128].

La causa extraña no imputable aplica igualmente a la responsabilidad civil extracontractual, en el supuesto de que el demandado logre desvirtuar la relación de causalidad mediante la figura bajo análisis. Referencias expresas se ubican en los artículos 1192[129] y 1193[130] del Código Civil relativos a la responsabilidad especial en materia de "animales" y "cosas", respectivamente, que consagran una presunción de culpa *iure et de iure* o absoluta, en tanto que la presunción de causalidad es *iuris tantum*[131], porque precisamente se admite la prueba de la causa extraña no imputable, no obstante tratarse de supuestos responsabilidad objetiva[132], pues aunque no se precise la culpa se pudiera desvirtuar la relación de causalidad[133]. Así pues, la posibilidad de causa extraña no imputable está expresamente prevista en algunos casos de responsabilidad objetiva como tránsito[134]. Algunos sin embargo, reseñan que la figura presenta un tratamiento especial o distinto en materia de responsabilidad objetiva que no depende de la culpa sino del riesgo creado[135], pero vale recordar que la causa extraña no imputable no desvirtuaría la presunción de culpa en la responsabilidad objetiva sino que rompe la relación de causalidad, la cual podría proceder en la responsabilidad objetiva (contractual o extracontractual) por aplicación de la teoría general que rige

---

[126] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 519.

[127] A diferencia del ámbito extracontractual en el que ha de probarse la culpa.

[128] Véase: TSJ/SCC, Sent. 798 del 5-11-07, http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-00798-051107-03618.HTM.

[129] Véase: Mélich Orsini, José*: La responsabilidad por hechos ilícitos.* Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 45, 1994, T. II, p. 91, el artículo 1192 del CC se refiere a falta de la víctima y hecho del tercero, y no menciona al caso fortuito y la fuerza mayor. Sin embargo, éstas últimas deben considerarse también admisibles para excluir la presunta responsabilidad del guardián.

[130] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 233; Mélich Orsini, *La responsabilidad...,* pp. 166-192.

[131] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 706 y 666.

[132] Véase: *infra* tema 24.4.

[133] Véase: Álvarez Oliveros, Ángel: *El rol del juez en la determinación de la indemnización del daño moral en materia de transporte aéreo.* Trabajo presentado para optar al título de especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, julio 2011, p. 41, http://saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/123456789/3491/1/T026800002819-0-trabajoespecial34alvarezangel-000.pdf. "la única forma de exonerarse de esa responsabilidad es probando que el daño se debió a una causa extraña que le es imputable, destruyendo con ello la relación de causalidad".

[134] Véase *infra* tema 26.3.

[135] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 237 y 238.

la materia. Así por ejemplo, respecto del trasporte aéreo pareciera lógico considerar la procedencia de la figura[136] al margen de omisión o redacción de la ley especial. En tales casos, igualmente tendrá que ser probada por quien la alega.

7. Commodum repraesentationis (CC, art. 1345)[137]

Prevé el artículo 1345 CC: "*Cuando la cosa ha perecido, se ha puesto fuera del comercio o se ha perdido sin culpa del deudor, los derechos y las acciones que le pertenecían respecto de esta cosa pasan a su acreedor*". Tradicionalmente la disposición legal ha sido interpretada como restringida al caso de la obligación del deudor referida a un cuerpo cierto y determinado[138]. En aquellos contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad u otro derecho real, el efecto acontece solo *consensu* sin necesidad de alguna otra actuación. Y si la cosa perece en tal caso, aplica la regla "*res perit dominus*". Por ello, el artículo 1345 del Código Civil hallaría aplicación en los casos excepcionales en que la transferencia de la cosa haya quedado diferida hasta cumplido un acontecimiento posterior lo cual pueden perfectamente pactarlo las partes. La hipótesis sería que el deudor se haya obligado a trasferir la propiedad u otro derecho real sobre una cosa cierta y que ésta haya perecido sin su culpa o que se haya quedado fuera del comercio sin su culpa, lo que se traduce en una imposibilidad de cumplir.

La norma en comentarios se refiere a la situación en que el deudor ha quedado exonerado por el incumplimiento frente al acreedor, pero a su vez tenga un derecho de indemnización frente a un tercero, que tuvo que ver por ejemplo, con la destrucción de la cosa. En tal caso, el deudor tiene un derecho frente al tercero que no procede automáticamente sino que tiene a su favor inclusive mediante una acción personal contra el deudor. Y la otra opción es que el deudor no haya hecho valer su derecho a la indemnización frente al tercero, en cuyo caso el acreedor tendrá derecho a exigir al deudor que le transfiera aquel derecho de indemnización para que el acreedor lo haga valer frente al tercero. Se trata, a decir de Lagrange, de una mera

---

[136] Véase *infra* tema 26.4.

[137] Véase: Lagrange, Enrique: *El principio del "commodum repraesentationis"; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2001; Lagrange, Enrique: "El principio del "commodum repraesentationis"; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil". En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Vol. 68, Nº 138, 2001, pp. 11-121; Lagrange, Enrique: El principio del "commodum repraesentationis"; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2001; Mélich Orsini, *La lesión extracontractual...*, pp. 596-598; Alcalde Silva, Jaime: *El "Commodum Repraesentationis" del artículo 1677 del "Código Civil" de Chile.* En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008, pp. 37-161, http://*www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718...;* Fernández Campos, *ob. cit.*, pp. 43-46; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 572 y 573.

[138] Refería el profesor Lagrange (*Apuntes*...) que una posición minoritaria señala que la norma podría ser perfectamente extensible a toda hipótesis de imposibilidad de cumplimiento, bien se trate de cuerpos ciertos y determinados o de obligaciones de hacer o de obligaciones negativas; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 205.

facultad que puede o no ejercer el acreedor, por lo que no hay un traspaso automático del derecho de indemnización al patrimonio del acreedor[139].

Como el deudor soporta el daño, se considera que lo más equitativo es que, en correspondencia, el acreedor haga suyo el posible beneficio que aquel obtuviere como consecuencia del caso fortuito, por ejemplo, la indemnización del seguro por pérdida de la cosa[140], la indemnización por expropiación o la indemnización derivada de una demanda por daños y perjuicios[141], a tenor del artículo 1345 del Código Civil que consagra *el commodum repraesentationis*, expresión latina que denota que la hipótesis normal la prestación debida por el deudor al acreedor es *conmodum obligaciones*, pero frustrado éste, entra en su lugar o representación un subrogado del mismo. Por lo menos que el acreedor obtenga en lugar de la obligación frustrada, en representación de la prestación imposible, aquello que el tercero deba al deudor a título de indemnización. “El origen histórico de la figura se encuentra en un texto del Digesto, según el cual <<es conforme a naturaleza, que las ventajas de cualquier cosa corresponden al que le correspondieren las desventajas>>; a partir del cual se concluye que quien soporta el *periculum* tiene derecho a todo lo accesorio que deba ser entregado junto a la cosa perecida *(commodum accesionis)* y a todo lo que surja en función de la imposibilidad de esa prestación (*commodum repraesentationis*)”[142].

El acreedor “*puede*” pues exigir del deudor el llamado “*subrogado de los provechos o utilidades*”, pero puede no ejercitar esta reclamación[143]. Apreciamos decisión judicial en este sentido en materia de seguro de automóvil[144]. La norma no garantiza que sean resarcidos todos los daños que el acreedor

---

[139] Lagrange, *Apuntes...*

[140] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 132.

[141] Se trata del caso que el deudor cuya prestación se ha hecho imposible hace valer frente a un tercero una indemnización. En tal caso el acreedor tendrá derecho a exigir al deudor que se le trasfiera aquella. Será la hipótesis de la indemnización por seguro, por expropiación por causa de utilidad pública o por indemnización por hecho ilícito (perecimiento de la cosa debida por hecho ilícito imputable a un tercero). Frustrada la prestación original tiene lugar como un subrogado o representación de ella.

[142] Alcalde Silva, *ob. cit.*

[143] Larenz, *ob. cit.*, p. 307.

[144] Véase: Juzgado Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-5-13, Exp. AP31-V-2012-001246. http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/mayo/2148-7-AP31-S-2012-001246-.html “no obstante que los deudores quedaron liberados de su obligación de entregar el vehículo propiedad del demandante, tomando en consideración que quedó fehacientemente probado en autos que la pérdida del vehículo estaba cubierta por la póliza suscrita con MAPFRE LA SEGURIDAD C.A. DE SEGUROS, este órgano jurisdiccional deja a salvo el derecho de la parte actora, propietaria del vehículo, de subrogarse ante la compañía aseguradora (tercero ajeno a este procedimiento), en los derechos que pudieran corresponder a sus deudores o al tomador de la póliza, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1.345 del Código Civil, que contiene el principio del *commodum repraesentationis*, que implica la sobrevenida imposibilidad, no imputable al deudor, de cumplir su obligación (en este caso concreto de entregar el vehículo) y atribuye al acreedor a título de indemnización del daño sufrido por éste por la frustrada obtención de la prestación a la cual tenía derecho, un elemento representativo de la frustrada prestación de entrega del bien. Así se establece”.

ha sufrido como consecuencia de la pérdida de la cosa debida imputable a un tercero. Mediante la cesión de acciones que contempla esta norma, el acreedor sólo podrá obtener la reparación de los daños que el hecho del tercero ha irrogado en el objeto mismo de la prestación (daños intrínsecos), pero no los otros daños que él ha sufrido en razón del incumplimiento contractual (daños extrínsecos)[145].

Cabe finalmente concluir que la causa extraña no imputable se presenta como un evento ajeno a la voluntad del deudor que hace imposible el cumplimiento de la obligación, extinguiendo la misma y liberándolo de la responsabilidad civil. Sus especies vienen dadas por el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho del príncipe, el hecho del tercero y el hecho del acreedor. Entre sus caracteres cabe citar: imprevisible, irresistible, sobrevenida, exterior o no imputable al deudor, no haber incurrido en mora y que genere absoluta "imposibilidad" (no "dificultad"). Puede acontecer en obligaciones positivas y negativas, correspondiéndole su prueba a quien la alega. La figura del *"commodum repraesentationis"* permite al acreedor subrogarse en los derechos y acciones del deudor por la indemnización correspondiente a la pérdida de la cosa debida. La causa extraña no imputable es predicable igualmente en materia extracontractual y se extiende inclusive a la responsabilidad objetiva. Se presenta así la figura como una justa manifestación en el Derecho de Obligaciones de que nadie está obligado a lo imposible. Es así, como la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor lo exonera ante los ojos de la ley y lo libera de los rígidos efectos de la relación obligatoria.

---

[145] Alcalde Silva, *ob. cit.*

TEMA 8
Dificultad de Cumplimiento por Onerosidad Excesiva (Teoría de la Imprevisión)[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Antecedentes 3. Fundamento 4. Requisitos 5. Efectos 6. Cláusulas que la prevean 7. Diferencias con la causa extraña no imputable*

---

[1] Véase: Mélich Orsini, José: *La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva.* En: Revista *de la Universidad Católica «Andrés Bello»* Nº 54, 1999, pp. 55-98; Rodner, James Otis*: La teoría de la imprevisión (Dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad).* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 401-449; Lupini Bianchi, Luciano*: Notas sobre la teoría de la imprevisión en el derecho civil.* En: Homenaje a Aníbal Dominici. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 265-322 (también en: En: Estudios de Derecho Privado. Serie Estudios 85. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 303-351); Morles Hernández, Alfredo: *La teoría de la imprevisión en el derecho privado; la crisis económica como supuestos de revisión del contrato.* En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015. Caracas, Colección Centenario, 2015, T. IV, pp. 2337-2438; Flah, Lily R. y Miriam Smayevsky: *La teoría de la imprevisión en la emergencia económica.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 513-532; Barcía Lehmann, Rodrigo: *Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno bajo la perspectiva del análisis económico.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje Nº 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 191-211; Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 199-202; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.,* pp. 145-149; Casas Rincón, *ob. cit.,* T. II, pp. 446-453; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.,* pp.68-73; Mélich Orsini, *Doctrina...,* pp. 436-449; Barbosa Verano, Jeanet y Ariel Ignacio Neyva Morales: *La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil colombiano.* Santa Fe de Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1992; García Caracuel, Manuel: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales.* Madrid, Dykinson, 2014; Cornet, Manuel: *La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-30, www.acaderc.org.ar; Carrer, Mario: *Modificación y transmisión del contrato.* En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 338-347; López Monroy, José de Jesús: *La cláusula "rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión"*, Seminario de Derecho Civil, pp. 73-81, www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/.../CJ3_Art_4.pdf ; Suffiotti Cisterna, Francisco Javier y Marco Nicolás Ubilla Pareja: *La excesiva onerosidad sobreviniente en materia contractual.* Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Memoria para optar al grado de Ciencias Jurídicas, Junio 2010, Profesor Guía Ricardo Reveco Urzúa, www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-suffiotti_g/pdfAmont/de-suffiotti_g.pdf ; Sánchez Jiménez, Roberto: *El riesgo imprevisible en la vida del derecho privado.* Madrid, Edit. Caro Raggio, s/f.; Rivera Restrepo, José M.: *Historia y fundamentos de la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española.* En: Revista Jurídica Ars Boni et Aequi Año 11, Nº 1, Chile, Universidad Bernardo O' Higgins, Junio 2015, pp. 31-48; Castillo M., Fernando Alfredo: *Algunas reflexiones acerca de los efectos de la obligación de "renegociar" un contrato desequilibrado.* En: *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet. Universidad del Rosario de Colombia/Fundación Fernando Fueyo/Universidad Diego portales de Chile,* Santiago de chile 2012, pp. 115-136, https://books.google.co.ve/books...; Planchart Pocaterra, Pedro Luis: *Los contratos a precio fijo y algunos otros aspectos en el negocio inmobiliario.* En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 303-316; Mantilla Espinoza, Fabricio y Francisco Ternera Barrios: *Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato.*En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 319-324; Fernándes De Almeida, Roberto: *Alteración de las circunstancias*

1. Noción

Se alude "incumplimiento por alteración de las circunstancias"[2], o dificultad extrema y sobrevenida en el cumplimiento de una obligación en aquellos casos en que si bien no acontece imposibilidad de cumplir la misma, pesa sin serle imputable al deudor, una gran dificultad en su ejecución. Algunos distinguen dos hipótesis: 1. Que se dificulte el cumplimiento o ejecución de la obligación. 2. La alteración de circunstancias que consiste en la excesiva onerosidad de la prestación. Al efecto surge la *teoría de la imprevisión* o *dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva*[3], que si bien no cuenta con disposición expresa en nuestro ordenamiento civil[4] es admitida según veremos de seguidas.

La teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva parte de la idea, de que no obstante la intangibilidad del contrato, la equivalencia de las prestaciones debe mantenerse en el curso de la vida contractual. De sobrevenir una circunstancia o evento subsumible por sus caracteres en la figura bajo análisis, se impone una revisión del contrato con base al equilibrio contractual, la justicia y la buena fe, entre otros. Veamos pues, esta interesante institución fruto del desarrollo doctrinario y en menor medida jurisprudencial.

Según se indicó *supra 7*, se diferencia de la imposibilidad sobrevenida en la que media absoluta imposibilidad de cumplimiento de la prestación; la figura bajo análisis supone dificultad extrema. La teoría de la imprevisión no supone imposibilidad de cumplir sino que el cumplimiento se torna gravoso[5].

2. Antecedentes[6]

A finales del siglo XVIII, la doctrina romana de la cláusula *rebus sic stantibus* había caído en desprestigio en Francia. Sin embargo, los ideales de la Revolución Francesa, el individualismo y la autonomía de la voluntad impidieron que la doctrina de la alteración de las circunstancias accediera

---

y revisión contractual. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121147/1/DDP_FernandesdeAlmeidaRoberto_Tesis.pdf.

[2] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 145.

[3] Véase: Larenz, *ob. cit.*, pp. 210-313, alude a la doctrina de la "*imposibilidad económica*", del *"límite del sacrificio*", y "*dificultad extraordinaria de la prestación*". Véase *ibid.*, p. 313, el autor señala que tales doctrinas oscurecen la relación y no deben ser admitidas. Sería deseable volver a la teoría de la desaparición de la base del negocio jurídico. Sobre ésta última: *ibid.*, pp. 314-319, así como "amparo judicial para la revisión de los contratos: ibid., pp. 319-322.

[4] Véase sobre su procedencia en el Derecho Administrativo: Rodner, *La teoría...*, pp. 437-442, con inclusión de notas 63 y 65, que cita trabajo de Gustavo Linares Benzo y Eloy Lares Martínez contenidos en la Revista de la Fundación Procuraduría General de la República Vol. 8 de 1993.

[5] Véase: González García-Herreros, Juan Lucas: *La excesiva onerosidad frente a la imposibilidad absoluta de cumplimiento.* En: Revista de Derecho. Universidad del Norte Nº 15, 2001, pp. 168-175, http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/15/8_La_excesiva_onerosidad_frente_a_la_imposibilidad.pdf.

[6] Véase: García Caracuel, *ob. cit.*, pp. 35-59; Rivera Restrepo, *ob. cit.*, pp. 33-37.

a los nuevos códigos, sosteniendo la vinculación contractual[7]. Los antecedentes en Francia la primera sentencia corresponde al caso del Canal de Craponne a propósito de un contrato celebrado en 1567 cuyo canon original había resultado irrisorio. El Tribunal de apelación consideró que la petición era justa y atendible pues en los contratos de tracto sucesivo y ejecución continuada los acuerdos originales pueden variar rompiendo el justo equilibrio de las prestaciones. Este fallo revolucionario fue criticado por muchos tratadistas por la inseguridad jurídica que generaba. Cas. Civ. en su célebre sentencia del 6-3-1876 revocó el fallo del Tribunal de Aix con base a la fuerza vinculante del contrato y su intangibilidad. Postura que fue mantenida por mucho tiempo inclusive después de la guerra cuando las circunstancias económicas habían cambiado radicalmente[8].

Fue sin embargo, la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado la que introdujo un siglo después la teoría de la imprevisión en el célebre caso de Gas de Burdeos en 1916[9]. En la jurisprudencia inglesa cabe citar los caso de Taylor vs Caldwell (1863), Appleby vs Myers (1867), los casos de la coronación del Rey Eduardo (1902) y del Canal de Suez (1963) aunque parecieran apoyarse más en la fuerza mayor que en la alteración sobrevenida (pues parten de que la "frustración" del negocio puede proceder por ambos supuestos)[10]. En la jurisprudencia alemana se reseñan también supuestos asociados a las dos grandes guerras europeas que generaron desequilibrios que exigían la aplicación de la teoría de la alteración de las circunstancias. El caso de los rublos de 1920 es habitual en la literatura jurídica de alteración de las circunstancias aunque más bien se trata de un caso de error. Pero la jurisprudencia alemana admitió la revisión con base a la buena fe y la resolución contractual[11].

Algunas legislaciones extranjeras la consagran expresamente[12], en tanto que en legislaciones como la venezolana, la teoría cobra fuerza al margen de su consagración legislativa.

---

7 García Caracuel, *ob. cit.*, p. 43, Ni Domat, ni Pothier apoyaron la teoría de la imprevisión y en el Código de Napoleón triunfó la idea de irrevocabilidad del contrato.

8 *Ibid.*, pp. 44-46.

9 *Ibid.*, pp. 47 y 48.

10 *Ibid.*, pp. 48-52.

11 *Ibid.*, pp. 52 y 53.

12 Véase: López Monroy, *ob. cit.*, p. 73, "En el primer bimestre del año dos mil diez la Asamblea Legislativa del Distrito Federal mexicano añadió diversos párrafos al artículo 1796 del Código Civil y creó el artículo 1796-Bis, 1796 ter, recogiendo la tesis de la posibilidad de modificar las cláusulas de un contrato, si las condiciones económicas que lo fundaron son modificadas por la realidad económica, haciendo que las prestaciones convenidas originalmente resulten excesivamente onerosas en su ejecución"; Carranza Álvarez, César: *La imprevisión contractual. Breves comentarios a propósito del artículo 80 del Código Civil Cubano*, En: Boletín Nº 2090, pp. 2041-2055, http://dialnet.unirioja.es/descarga/**articulo**/4017496.pdf ; Rodner*, La teoría...,* pp. 409 y 410, está prevista en los CC italiano, argentino, colombiano, peruano y portugués.

La jurisprudencia patria también ha hecho referencia a la figura[13], lo que denota su consideración aunque no se haya declarado procedente a la luz del examen del caso concreto. No ha faltado quien considere que la teoría de la imprevisión precisa de una reforma legislativa[14].

3. Fundamento

La teoría de la imprevisión nace en el campo del derecho civil ante la necesidad de equilibrar las cargas de una de las partes contratantes cuando por efecto de circunstancias extraordinarias e imprevisibles acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato y previo a su terminación, resulta modificada la extensión de una de las prestaciones, al punto de traducirse en una excesiva onerosidad en cabeza de esa parte contratante[15].

Su aceptación encuentra resistencia bajo el argumento de la fuerza vinculante del contrato. Al efecto se indica la famosa expresión latina "*rebus sic stantibus*" ha de ser considerada cautelosamente[16] y que de completarse con "*semper intelligitur in contractibus*", esto es, en todos los contratos existe

---

[13] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00058 de 18-2-08 http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/rc-00058-180208-07713.htm (José Manuel Lens Suárez y Otro contra Center Import S.K., C.A).; TSJ/SCC, Sent. 000417 de 12-8-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/rc.000417-12811-2011-09-601.html (Hyundai de Venezuela, C.A. contra Hyundai Motor Company); TSJ/SCC, Sent. 0241 de 30-4-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc-0241-300402-00376-00164.htm (Arturo Pacheco Iglesia y Otros contra Inversiones Pancho Villas, C.A.); Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 14-7-14, AP71-R-2014-000262 , http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/JULIO/2145-14-AP71-R-2014-000262-.HTML Por otra parte, con respecto a las alegaciones realizadas por la actora respecto de la teoría de la imprevisión, es necesario advertir que la misma se da en los casos, en que la excesiva onerosidad por parte del deudor sea extraordinaria e imprevista, caso en el cual dependiendo de que tan excesiva sea, aminora el canon a pagar o inclusive libera al deudor de la obligación satisfecha en exceso, ahora bien al respecto esta Superioridad advierte que en el contrato suscrito se apegaron ciertamente a un tipo de cambio para satisfacer la obligación, el cual por causas no imputables a las partes se mantuvo en el tiempo, trayendo como consecuencia descontento por parte del acreedor, sin embargo, debe señalar esta Operadora de Justicia, que el cambio de Dólares a Bolívares, permitido y regulado en la República Bolivariana de Venezuela es el conocido como tipo de Cambio Sicad (antes Cadivi) el cual de no hacerlo de esa manera cualquier otro cambio sería ilícito en su naturaleza; Tribunal Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital con sede en Caracas, Sent. 14-10-11, Exp. 1585-10, http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2011/octubre/2258-14-1585-10-179-11.html "...las actividades desplegadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) en el marco de sus competencias no generan cambios de tal forma imprevisibles, extraordinarios o insalvables que modifiquen las circunstancias originales conforme a las cuales la parte demandada suscribió los contratos de adquisición de bienes...este Juzgado desecha la pretensión referida al incumplimiento de los contratos administrativos de adquisición de bienes, antes identificados, toda vez que no están dados los requisitos de la teoría de la imprevisión, como causa del incumplimiento de los referidos contratos administrativos" ; Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 2013, AP42-R-2012-000116, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2013/febrero/1477-7-AP42-R-2012-000116-2013-0175.html.

[14] Sequera, *ob. cit.*, p. 29, "la teoría de la imprevisión es, pues, una teoría para tenerse en cuenta en futuras reformas legislativas, en medidas muy restringida. El Juez, bajo las condiciones excepcionales ya señaladas, podría ser autorizado por el legislador para revisar el contrato".

[15] TSJ/SPA, Sent. Nº 393 del 5-3-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00393-050302-13163.HTM.

[16] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 467 y 468.

una cláusula no escrita que indica que son vinculantes siempre que no se alteren las circunstancias que llevaron a las partes a suscribirlo[17].

La revisabilidad del contrato aparece así como una exigencia de justicia; la cuestión estriba en determinar cuáles cambios por su naturaleza, intensidad e imprevisibilidad deben determinar una alteración de la vinculación contractual o en ocasiones su extinción[18]. Será el examen del caso concreto el que guiará el olfato jurídico del intérprete[19].

Si bien un sector de la doctrina se muestra desconfiado en cuanto a dejar la procedencia de la figura al arbitrio del Juzgador[20], cabe admitir que el poder del Juez no es ilimitado pues la discusión sigue abierta y la institución continúa evolucionando[21]. Otros acertadamente admiten la figura como una alternativa que el demandado pudiera plantear si se cumplen ciertos requisitos a los efectos de propiciar del juzgador un reajuste de las prestaciones. Pues a fin de cuentas el instituto se impone al margen de su no consagración expresa en razón de la justicia[22], equidad[23] y buena fe[24]. A

---

[17] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 107.

[18] García Caracuel, *ob. cit.*, p. 27.

[19] *Ibid.*, p. 28.

[20] Véase: Mélich Orsini*, La revisión...*, p. 80, la recepción de la teoría de la imprevisión se hace temeraria en un Estado que no posea absoluta confianza en la idoneidad técnica y corrección moral de los integrantes de su poder Judicial (el autor se adhiere a la revisión del contrato por el Juez); Barcía Lehman, *ob. cit.*, pp. 208 y 209, la revisión del contrato crea una gran incertidumbre en el cumplimiento de éste. Por lo que la crítica justificada de esta teoría puede afectar la certeza en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, más bien dependen del criterio con los que los tribunales la apliquen; Flah y Smayevsky, *ob. cit.*, p. 532, el problema de la imprevisión está fuertemente influenciado por hecho que deben ser analizados según el prudente arbitrio judicial.

[21] Franco Zarate, Javier Andrés: *La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia.* En: Revista de Derecho Privado Nº 23, Bogotá, Julio-Diciembre 2012, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662012000200010&script=sci_arttextel sentido de sostener que "el poder que se otorga al tribunal para que proceda a la adaptación del contrato no es ni mucho menos ilimitado. Por el contrario, la actuación del tribunal va dirigida principalmente a distribuir equitativamente entre las partes contratantes el coste extra que se deriva del cambio de circunstancias con el objetivo de restablecer el equilibrio contractual. Este objetivo marca claramente hasta dónde puede llegar en su actuación.

[22] Véase: García Caracuel, *ob. cit.*, p. 25, la realidad demuestra que en ocasiones, la exigencia estricta del cumplimiento de la obligación en su día adquirida y el mantenimiento inflexible de la relación obligacional pueden conducir a situaciones de injusticia material. Y no debe olvidarse que el fin último del Derecho es servir a la Justicia.; *ibid.*, p. 151, el análisis económico del Derecho propone una visión del contrato centrada en la eficiencia económica como pauta de justicia.

[23] Véase: Carranza Álvarez, *ob. cit.*, p. 2053, "no cabe duda que principios otrora inmutables –como *el pacta sunt servanda*– van abriendo paso a normas cuyo propósito no es alterar las bases del mercado, como creen algunos, sino proteger a sus actores directos, a efectos que los negocios entablados en él reposen bajo fundamentos de *justicia* y *equidad*. La imprevisión es claro ejemplo de ello". (Destacado nuestro); Rivera Restrepo, *ob. cit.*, pp. 40-42.

[24] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 149. Véase Rodner, *La teoría...*, p. 447, el fundamento que mejor encuadra para la aplicación de la imprevisión es la buena fe. Más acorde con el efecto; López Santa María, *ob. cit.*, p. 307, la buena fe impone tener en cuenta el cambio de circunstancias; Garrido Cordobera, Lidia: *La buena fe como pauta de interpretación en los contratos.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-14, www.acaderc.org.ar "en la interpretación contractual, vamos a tener que hacernos cargo de las vicisitudes sobrevinientes que afecten la base del negocio jurídico

lo anterior algunos agregan la prohibición de "*abuso de derecho*"[25], aunque se critica que esta última figura es una manifestación concreta de la responsabilidad extracontractual[26]. Debe añadirse la proporción o equilibrio de las prestaciones[27] (aunque acontezca sobrevenidamente) y la prohibición de enriquecimiento sin causa[28].

Algunos lo asocian a la teoría de la causa[29], agregando la "*desaparición de la causa del contrato*", pues la causa debe existir al tiempo de la formación del contrato y subsistir durante toda la vida del contrato. Los eventos sobrevenidos que alteren el equilibrio del contrato hacen desaparecer su causa, como elemento esencial del contrato. Pero a ello se le objeta que debería tratarse de una imposibilidad absoluta[30]. Se añade el deber de cooperación de los contratantes, la obligación de responder solo por los daños previsibles al momento de celebrar el contrato salvo que exista dolo y la idea de una suerte de lesión sobrevenida (con base al análisis económico del Derecho y a las variaciones de precio)[31].

Finalmente, también se refiere –a propósito del fundamento– que ha tenerse en cuenta "*la voluntad real de las partes*", según la cual, "debe prevalecer aquella según la cual el intérprete de un contrato debe buscar la intención o voluntad real de las partes, y se dice que no pudo estar en la intención del deudor obligarse en términos tales que dicha obligación lo conduzca a la ruina económica"[32].

Pensar que la teoría de la imprevisión afecta la fuerza obligatoria del contrato y que debe defenderse a toda costa la palabra empeñada aun-

y ello nos llevará indefectiblemente, en algunos casos al campo de la denominada teoría de la imprevisión, también tendremos en otros supuestos, un riguroso uso de un derecho, pero que contraría los fines e iríamos a las situaciones de abuso de derecho"; Cafferata, Juan M.: *¿Una nueva...,* p. 15, Es cierto que el derecho no puede mantenerse anquilosado sin dejarse ventilar por el reflujo de los tiempos venideros. Nadie pretende tamaña solución. Tampoco lo ha hecho nuestro derecho, que ha admitido instituciones que implican una modificación de tradicionales principios de la concepción clásica, como la teoría de la imprevisión, que implica correctivos a principios tradicionales como el *pacta sunt servanda,* pero no su lisa y llana derogación. Que ha incorporado directrices generales, como la buena fe; Rivera Restrepo, *ob. cit.*, pp. 38 y 39.

[25] Véase: Lupini Bianchi, *Notas...,* pp. 313 y 314. Véase reseñando a propósito de los principios de carácter general: Barbosa Verano y Neyva Morales, *ob. cit.*, pp. 59-61, la buena fe, la equidad y la prohibición de abuso de derecho; Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. IV, p. 247, cita al efecto opinión de Ripert, se abusa del derecho si encuentra en el ejercicio de su acreencia un enriquecimiento injusto; Vinini, *ob. cit.*, p. 75 y 140.

[26] López Santa María, *ob. cit.*, p. 305.

[27] Véase: Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. IV, pp. 246 y 247, el autor entre los fundamentos cita la presuposición, la base del negocio, el equilibrio de las prestaciones, abuso de derecho y la buena fe.

[28] Cornet, *ob. cit.*, p. 11; Morles Hernández, *ob. cit.,* pp. 2376-2399.

[29] Rivera Restrepo, *ob. cit.*, pp. 43-45.

[30] García Caracuel, *ob. cit.*, pp. 182 y 183.

[31] Véase *ibid.*, pp. 182-186, añade entre otros la interpretación del contrato, el enriquecimiento injustificado, la buena fe, la prohibición de abuso de derecho, la relevancia de los motivos no expresados en el contrato.

[32] Véase: Rivera Restrepo, *ob. cit.*, pp. 39 y 40.

que hubieren radicalmente cambiado las circunstancias, desconocen la verdadera voluntad contractual que es precisamente el elemento que han elevado a la categoría de dogma. Pues, la imprevisión contractual no hace más que indagar en el querer real. Si no han tenido en mira los contratantes la violenta alteración de las circunstancias que alteran el sinalagma, es evidente que lo que han querido pactar no es lo que deben cumplir con tanta gravosidad[33].

La teoría de la imprevisión resulta aplicable a cualesquiera tipos de obligaciones positivas o negativas siempre que la realización de la prestación debida se haya tornado tan onerosa que haya roto el justo equilibrio de las prestaciones. Es perfectamente aplicable a la obligación negativa en aquellos casos en que la omisión por circunstancias sobrevenidas, ajenas a la voluntad del deudor, hacen extremadamente onerosa la preservación de la abstención[34].

La figura se justifica sobradamente por razones de justicia, equidad, buena fe, proporcionalidad o equilibrio en la prestación, así como la prohibición de enriquecimiento sin causa y abuso de derecho, e inclusive con base a la teoría de la causa. "Sea cual fuere el argumento esgrimido para atacar la teoría de la imprevisión, lo cierto es que no puede negarse hoy en día su absoluta y plena vigencia; pues a pesar que su aplicación trastoca los cimientos del *pacta sunt servanda* al permitir que un contrato válidamente celebrado y de cumplimiento obligatorio sea materia de revisión, la justicia del contrato y la sumisión de éste al principio de buena fe, exigen que se detenga la ejecución de lo pactado cuando un evento extraordinario e imprevisible altera el equilibrio del negocio, con grave detrimento para el contratante obligado a cumplir[35]. El hecho desencadenante ha de incidir en el contrato de forma tal que lo desequilibre. El cumplimiento de las condiciones pactadas supondría una inequidad[36]. La revisión del contrato por el Juez en caso de alteración de las circunstancias es muestra de la tendencia de la existencia de un principio de justicia contractual[37].

---

33 Vinini, *ob. cit.*, p. 12.

34 Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 109-110, como ejemplo de posible procedencia en las obligaciones bajo análisis bien puede ubicarse el caso del vecino que contrajo la obligación de no levantar una pared, pero una delincuencia exacerbada sobrevenida le impone tal necesidad a riesgo de su propia seguridad. Vale citar también el caso del actor o la modelo que se comprometió a no variar sustancialmente su apariencia, y por causa sobrevenida tal preservación le resulta extremadamente onerosa, y por tal, a todas luces insostenible o incompatible con el beneficio a obtener del contrato. El ejemplo pudiera lindar inclusive en la causa extraña ante eventos climáticos o bélicos pero la diferencia vendría dada porque en la causa extraña no imputable el cumplimiento de la obligación resulta imposible en tanto que en la teoría de la imprevisión el cumplimiento es posible pero se hace excesivamente oneroso para el deudor.

35 Carranza Álvarez, *ob. cit.*, p. 2045.

36 Carrer, *ob. cit.*, p. 343.

37 Annicchiarico, *Un nuevo...*, p. 277.

"La buena fe circula por las lagunas que deja el código y le permite al juez transitar por ellas para buscar la compatibilidad entre lo previsto por las partes en el programa contractual, las circunstancias de hecho, el ordenamiento jurídico y los principios generales, esto es, la compatibilidad entre contrato y realidad de hecho y de derecho; por esto, la conducta de las partes durante el cumplimiento debe ser entonces «compatible» con las exigencias de la buena fe y la equidad"[38].

De nuestra parte, por todas las razones indicadas, no tenemos dudas de la procedencia de la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico venezolano. La discusión de la doctrina debería apuntar hacia sus efectos[39].

4. Requisitos[40]

Entre los requisitos que reseñan la doctrina y la jurisprudencia[41] para que proceda la imprevisión se indican:

*Que se trate de un *contrato conmutativo o de ejecución continuada o diferida* pues en los contratos de ejecución instantánea no cabe la imprevisión[42]. Esto es que será necesario que el contrato produzca prestaciones futuras[43]. En contratos como el arrendamiento de inmuebles, amén de la existencia actual de un régimen especial de orden público, se refería que la jurisprudencia ha mantenido vigente la obligación de pagar el arrendamiento por toda la vida del contrato[44]. La cláusula de la posibilidad de revisión por onerosidad excesiva se encuentra siempre implícita en los contratos de ejecución continuada o diferida, siendo intrínseca a cualquier pacto[45]. Sin embargo, se acota que la teoría se aplica también a los contratos de

---

[38] Félix Chami, José, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*. En: Revista de Derecho Privado Nº 22, Bogotá, Jan./June 2012 http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662012000100008&script=sci_arttext "en todo esto encuentra sentido y justificación en el interior de nuestro sistema también un principio de *reductio ad aequitatem* que indica un deber general de corrección-adaptación-conservación del contrato en caso de aprovechamientos excesivos en su fase inicial o de nuevas circunstancias que agravan el cumplimiento de duración y lo hacen excesivamente oneroso".

[39] Véase *infra* Nº 5 de este tema.

[40] Véase: Rodner, *La teoría...*, pp. 424-432; García Caracuel, *ob. cit.*, pp. 189 y 190.

[41] Véase: TSJ/SPA, Sent. Nº 393 del 5-3-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00393-050302-13163.HTM Pues bien, esta teoría, perfectamente aplicable en el derecho administrativo, no precisa ser expresamente acordada y requiere para su procedencia, de la concurrencia de los siguientes requisitos: a. El acaecimiento de un hecho extraordinario y no previsible que modifique las circunstancias originales bajo las cuales se pactaron las prestaciones respectivas b. Que ese hecho imprevisto provoque un trastorno significativo en la prestación de una de las partes que haga excesivamente onerosa su obligación. c. Que las partes hayan convenido prestaciones de ejecución periódica o de tracto sucesivo. d. El hecho referido debe verificarse con posterioridad a la celebración del contrato y antes de su culminación.

[42] Carranza Álvarez, *ob. cit.*, p. 2049.

[43] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 449.

[44] *Ibid.*, p. 450.

[45] Fernandes De Almeida, *ob. cit.*, p. 245.

ejecución instantánea en aquellos eventos en que se ha aplazado el cumplimiento de la obligación[46].

*Se refiere a *dificultad* y no a imposibilidad (lo que lo diferencia de la causa extraña no imputable). Esto es, ha de tratarse de una circunstancia que suponga un cumplimiento excesivamente oneroso. Si se trata de una causa extraña no imputable opera la imposibilidad sobrevenida[47]. La diferencia vendría dada porque en la causa extraña no imputable el cumplimiento de la obligación resulta imposible, en tanto que, en la teoría de la imprevisión el cumplimiento es posible pero se hace excesivamente oneroso para el deudor. La onerosidad excesiva si bien no genera una imposibilidad absoluta como en la causa extraña no imputable supone una dificultad u onerosidad que supera el límite de lo razonable[48]. A veces un evento puede generar o dificultad en el cumplimiento o imposibilidad en el mismo.

*La dificultad de ser *sobrevenida*[49], esto es, posterior a la celebración del contrato y por tal no existir al momento de la celebración del mismo aunque, pues si existía y era desconocida podrá plantearse un problema de "error" o de lesión[50] (si ésta última posibilidad está prevista en la ley).

*Debe tratarse de un evento *extraordinario*[51] e *imprevisible*[52] (por ejemplo una guerra, condiciones climáticas, etc.). La previsibilidad debe medirse objetivamente, esto es que, el evento no pueda ser previsto por alguien medianamente diligente. Lo imprevisible se refiere a la imposibilidad de preverlo en condiciones normales. La imprevisión no es equivalente a ligereza. No es una condición subjetiva en el sentido de que <<ese>> contratante no lo previó"[53]. La inflación[54] normalmente no es extraordinaria e imprevisible

---

46 Cardenas Mejía, *ob. cit.*, p. 709.

47 Véase: González García-Herreros, Juan Lucas: *La excesiva onerosidad frente a la imposibilidad absoluta de cumplimiento.* En: Revista de Derecho. Universidad del Norte Nº 15, 2001, pp. 168-175, http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/15/8_La_excesiva_onerosidad_frente_a_la_imposibilidad.pdf

48 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 285.

49 García Caracuel, *ob. cit.*, p. 189.

50 Véase: Vinini, *ob. cit.*, p. 45 y ss. "la revisión contractual (lesión, imprevisión y abuso de derecho").

51 De allí que algunos aludan a *"alteración sobrevenida esencial de las circunstancias".* Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 465. (Destacado nuestro). Véase sin embargo: Fernandes De Almeida, *ob. cit.*, p. 250, "sin embargo, la mayoría de las veces, no es necesaria la cualidad de extraordinario del hecho (si bien que, en la mayor parte de los casos, el factor extraordinario también esté presente), sino apenas la prueba de un acontecimiento imprevisto, que muestre la destrucción de la base del negocio, que provoque una desproporción en el cumplimiento de la obligación o una onerosidad excesiva".

52 Véase: García Caracuel, *ob. cit.*, p. 189; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 449, se requiere que la modificación ocurrida en el valor de las prestaciones debidas excedan en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse en el tiempo.

53 Carrer, *ob. cit.*, p. 342.

54 Véase: Moisset de Espanés, Luis: *Imprevisión e inflación.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-6, www.acaderc.org.ar; Moisset de Espanés, Luis: *Resolución por inflación e imprevisión ¿Qué debe restituirse?* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-4, www.acaderc.org.ar.

salvo que se trate de una curva tan aguda que se pueda considerar tal[55]. No ha faltado quien pretenda establecer parámetros indicativos de que una desproporción es tal si es superior al cincuenta o treinta por ciento de lo pactado, aun cuando parece aproximarse a la lesión[56]. Si ese fuera el criterio, nos toparíamos con que los índices de inflación a considerar serían los oficiales del BCV, que no responden necesariamente a la inflación real.

*La *dificultad* debe ser *excesiva*; esto es, no puede tratarse de la dificultad ordinaria de todo contrato; se relaciona con la disminución de la utilidad de la contraprestación[57]. De allí que se aluda a cumplimiento excesivamente oneroso o gravoso. Se alude inclusive a que tal dificultad produzca un empobrecimiento injusto por parte de una parte y un enriquecimiento para la otra[58].

**Exterioridad*[59], esto es, la causa ha de ser a*jena a la culpa del deudor*. El evento mal puede derivarse de causa imputable a la parte contratante. Por lo que no procede en caso de mora, en forma semejante a lo que acontece con la causa extraña no imputable[60]. Obsérvese que si bien nos referimos a "deudor" como la parte que generalmente se ve afectada por la imprevisión, se admite que el acreedor también pudiere resultar afectado. En efecto, la excesiva onerosidad puede recaer sobre el deudor, esto es, en el aspecto pasivo de la relación obligatoria; o por el contrario, habrá excesiva onerosidad, desde el punto de vista activo, cuando afecte al acreedor. Pero este último no es de generalizada aceptación. Pero las relaciones comerciales presentan ejemplos de no rara ocurrencia, en que el acreedor se ve obligado a aceptar un pago que no guarda relación alguna con la situación preexistente. Los cuales generan ruina y afecta la situación económica del acreedor[61]. De allí que más bien, deba hablarse de "parte afectada" y no

---

55 Véase: Carrer, *ob. cit.*, p. 342, la inflación estructura que ya impera en la economía nacional es previsible. Pero sí podría acudirse a la imprevisión en los supuestos de hiperinflación coyuntural, TSJ/SPA, Sent. N° 393 del 5-3-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00393-050302-13163.HTM; Rodner, *La teoría...*, p. 429.

56 Véase: González García-Herreros, *ob. cit.*, pp. 170 y 171, propone 50% materia mercantil y 30% materia civil; García Caracuel, *ob. cit.*, p. 173, reseña tesis relativa a la "*impracticability*", cuando el aumento de precios o la inflación supera el 50%, no obstante reconocer la dificultad de determinar tales porcentajes en la práctica.

57 Vinini, *ob. cit.*, p. 67, la repercusión del suceso en la economía particular del afectado es la que debe necesariamente probarse para obtener la aplicación de la teoría de la imprevisión.

58 Véase: Roberto: *El riesgo imprevisible en la vida del derecho privado.* Madrid, Edit. Caro Raggio, s/f., p. 31, el riesgo imprevisible no supone como la fuerza mayor la imposibilidad absoluta de cumplir la obligación. No la extingue pero entraña una dificultad tan considerable que produciría un empobrecimiento injusto de un contratante y un enriquecimiento igualmente injusto de su contrario. Lo cual debe evitarse.

59 García Caracuel, *ob. cit.*, p. 189.

60 Rodner, *La teoría...*, 424-431.

61 Barbosa Verano y Neyva Morales, *ob. cit.*, p. 97.

necesariamente del deudor. Si se trata de inflación o devaluación, ha de ser ciertamente desproporcionada y repentina[62].

**Irresistible*: Supone un cambio enteramente ajeno a la esfera del sujeto afectado que produce un profundo desequilibrio del sinalagma del contrato[63]. Tal carácter asociado al de la exterioridad, guarda cierta semejanza con la causa extraña no imputable.

*Para *algunos* no aplica a los contratos aleatorios, esto es, aquellos en que la ventaja para una o ambas partes depende de un hecho casual[64]. Y *no aplica a la propia alea del contrato* por lo que se excluyen todas las dificultades presentes o sobrevenidas que originan la propia alea del objeto mismo del contrato[65]. Sin embargo, un sector de la doctrina señala acertadamente la procedencia de la figura fuera del ámbito del alea que caracteriza el contrato de que se trate[66]; ello acontece cuando el hecho imprevisto excede el alea querida por las partes, en cuyo caso procede la revisión[67].

Se afirma así que habría que diferenciar si la excesiva onerosidad se ha producido como consecuencia del riesgo propio del contrato o por otra causa, en el primer supuesto no aplica la teoría porque precisamente se asumió el riesgo. Por ejemplo, si en el contrato de renta vitalicia la persona beneficiada vive muchos años más de lo normal no aplica la teoría. Pero una inflación desmesurada que torne insignificante la renta pactada hace procedente la teoría porque el alea del contrato es la vida, la inflación es extraña a ella y por tanto procedería la imprevisión[68]. No ha faltado sin embargo, quien considere que la imprevisión si se asocia a lo económico puede ser suplida por la indexación[69], aunque esta última –según indicamos– se presenta simplemente como un efecto de la mora en las deudas de dinero que por efecto de ésta se convierten en deudas de valor. Por lo que no vemos su fundamento en la teoría de la imprevisión.

5. Efectos

La variación de las circunstancias que desemboca en un cumplimiento excesivamente oneroso, ciertamente debe producir un cambio en la relación contractual, pero la doctrina se debate si la revisión del contrato puede conllevar a la liberación.

---

[62] *Ibid.*, p. 98.

[63] García Caracuel, *ob. cit.*, p. 189.

[64] Véase: Rodner, *La teoría...*, p. 425; López Monroy, *ob. cit.*, p. 77.

[65] Véase: Rodner, *La teoría...*, p. 426, si una persona se compromete a entregar un producto de difícil fabricación asumirá por su propio riesgo todas las dificultades inherentes.

[66] Véase: Vega Cardona, Raúl José y otros: *Alea e imprevisión. A Propósito de la revisión judicial de los contratos aleatorios.* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/ Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 49-65.

[67] *Ibid.*, p. 61.

[68] Gastaldi y Centanaro, *ob. cit.*, pp. 26 y 27.

[69] Véase: López Monroy, *ob. cit.*, p. 80, añade la contratación trilateral.

Lo ideal sería que las propias partes reconsiderasen la relación contractual. Para algunos surge el "deber de renegociar el contrato" que constituye una alternativa ecuánime para ambas partes, ya que contribuye a eliminar los efectos negativos de la onerosidad sobreviniente. "Al efecto, sin duda que los más capacitados y legitimados para llevar a efecto dicha tarea son las propias partes, debiendo entonces renegociar de buena fe los términos del contrato con el objeto de adaptarlo a las nuevas circunstancias. Solo en caso de fracaso en las negociaciones, podrá el juez intervenir en el contrato a través de su adecuación a las nuevas circunstancias o su terminación, debiendo otorgársele amplias facultades para dichos efectos."[70]. Pero de ello no ser posible, ciertamente la teoría bajo análisis, puede ser planteada a falta de acuerdo de las partes, ante el Juzgador.

Pero si las partes no logran un acuerdo por aplicación de la autonomía de la voluntad, pues el asunto podrá ser debatido judicialmente, generalmente por vía de excepción, aunque también por vía de acción para evitar que pese sobre el deudor los riesgos. Pudiera acontecer así la petición de la parte afectada al reajuste de las prestaciones e inclusive excepcionalmente la liberación del deudor, según las circunstancias[71]. La revisión o recomposición del contrato con base a las nuevas circunstancias sería la solución ideal. Pues al efecto se comenta que "más vale al acreedor sacrificar una porción del enriquecimiento improvisamente acaecido, repartiendo con el deudor los gravámenes resultantes del destino, antes de ver expirado el contrato"[72].

Para algunos genera un efecto semejante a la causa extraña no imputable[73], aunque en esencia no parecen ser equiparables. De tal suerte, que las soluciones propuestas se pasean por la revisión, la suspensión, la terminación y la indemnización[74]. La posibilidad excepcional de "revisión" es admitida[75], y así por ejemplo la legislación argentina se alude a la acción autónoma de "revisión"[76]. Se considera la revisión un derecho básico del

---

[70] Véase: Momberg Uribe, Rodrigo: *La revisión del contrato por las partes*: *el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente.* Revista Chilena de Derecho, vol. 37 Nº 1, Santiago, abril 2010, pp. 43-72, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100003&script=sci_arttext

[71] Véase: Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 145 y 146, la "prestación exorbitante" para algunos ha de tener el mismo efecto liberatorio que la imposibilidad en tanto que para otros propiciaría reestructurar o revisar la prestación. Otros recurren al principio de la buena fe para lograr la equivalencia de las prestaciones. La jurisprudencia española no tiene un criterio seguro señalando que sólo si resulta imposible es que procedería su extinción y a la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinario sin que quepa confundir dificultad con imposibilidad.

[72] López Santa María, *ob. cit.*, p. 310.

[73] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 305, en el caso de que la prestación se haga no simplemente más difícil sino de una dificultad extraordinaria la solución debe ser que la obligación sea revisable, para sí reducirla al equivalente de la primitiva onerosidad de la prestación y sólo si no es reducible, se extinguirá por equiparse a la imposible; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 470, cuando sea posible debe optarse por la modificación equitativa de la prestación y sólo si ello no es factible por la resolución.

[74] Barbosa Verano y Neyva Morales, *ob. cit.*, pp. 155-165.

[75] Carranza Álvarez, *ob. cit.*, p. 2046.

[76] Véase Vinini, *ob. cit.*, pp. 140-146.

deudor o más ampliamente de la parte afectada derivada de la buena fe y de otros valores fundamentales inherentes al contrato[77].

Se propone entonces que el cambio de circunstancias que propician una excesiva onerosidad o dificultad en el cumplimiento puede llevar a la *liberación* del deudor o *revisión*, siendo mayormente aceptada esta última opción[78].

Lupini Bianchi –quien más ampliamente se muestra partidario de la teoría en la doctrina patria– plantea inclusive una posible *resolución* del contrato por quebrantar la buena fe contractual por vía de *acción*, así como la posibilidad del deudor demandado de *suspender la ejecución del contrato* pendiente de revisión a través de la *exceptio non adimpleti contractus*[79]. Interpretación consecuente con aceptar la teoría plenamente una vez que se justifica por las razones jurídicas que la fundamentan[80] al margen de su consagración expresa. Amén que la parte afectada no puede estar en mora para beneficiarse de la teoría, por lo que ello justificaría su actuación por vía de acción[81].

La doctrina tiende cuando sea posible a optar por la modificación equitativa de la obligación pues la teoría de la imprevisión defiende la vida del contrato, y solo si ello no es factible, cabra considerar la resolución[82]. La doctrina española admite la resolución judicial del contrato por alteración

---

[77] Véase: Fernandes De Almeida, *ob. cit.*, pp. 246 y 247, "Este derecho de revisión (o de deshacer, sin gravamen, el vínculo contractual originario, no siendo posible el rescate del equilibrio económico primitivo entre las partes), representa, para el contratante en desventaja, un derecho fundamental derivado de valores deontológicos y éticos del ser humano, en la medida en que el pacto, siendo ley entre los firmantes, debe siempre atender a los fines sociales más elevados (función social do contrato), a la buena fe y a las exigencias medias del bien común, que derivan de los principios mayores de la dignidad humana, de la legalidad, de la buena fe, de la moralidad y de la razonabilidad. Debe tenerse por objeto, por lo tanto, evitar y rechazar las desigualdades supervinientes que puedan con mayor o menor intensidad, desequilibrar la economía del contrato".

[78] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 199-202; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 145-149; Domínguez Guillén, *Diccionario*, pp. 86 y 87. Véase también: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 68-73, indican que de aceptarse su procedencia resta por determinar si habrá de modificarse o darse por terminada la relación contractual. Señalan que el artículo 529 del CPC contiene una referencia en este sentido "***o la hiciere demasiado onerosa***..." (destacado original, *ibid.*, p. 73). Véase resaltando tal frase igualmente: TSJ/SCC, Sent. Nº 00571 de 25-7-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00571-250707-06839.htm.

[79] Lupini Bianchi, *Notas...*, pp. 307 y 308. Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 2431. En sentido contrario: Rodner, *La teoría...*, p. 432, según el autor la "resolución" por imprevisión sólo procedería en caso de que esté expresamente previsto en la ley, lo que no ocurre en Venezuela.

[80] Véase *supra* Nº 3 de este tema.

[81] Véase *supra* Nº 4 de este tema.

[82] Vega Cardona y otros, *ob. cit.*, p. 58; Fernandes De Almeida, *ob. cit.*, p. 252, "la teoría de la imprevisión, como primer objetivo, tiene por finalidad la revisión del contrato, y no su resolución. Esto no significa, sin embargo, que la parte perjudicada no pueda, también, como fuera afirmado, y bajo ciertas circunstancias, plantear su resolución, puesto que si la continuidad del acuerdo le es perjudicial, nada obsta a que sea electa esta vía. No obstante, debe optarse, inicialmente, por la conservación del contrato (principio de la conservación de los negocios jurídicos), modificándose, así, las cláusulas contrarias a la equidad, que estén provocando el desequilibrio en el vínculo contractual".

de las circunstancias[83] pues dicho ordenamiento parece aceptar una suerte de imposibilidad sobrevenida no solo por causa extraña sino por "agravación extraordinaria", predicable respecto de la obligación bajo análisis[84].

6. Cláusulas que la prevean

Se pregunta la doctrina si las partes pueden celebrar cláusulas relativas a la teoría de la imprevisión. La jurisprudencia española destaca para la aplicación de dicha cláusula, la alteración extraordinaria de las circunstancias, desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes e imprevisibilidad de la alteración sobrevenida. Y señala que no procede cuando la alteración futura está prevista en el contrato[85]. Rodner parece excluir la teoría cuando las partes expresamente hayan contemplado cláusulas de reajuste en el contrato[86].

Por su parte, Lupini Bianchi acertadamente indica que no se puede excluir que el deudor pueda alegar la teoría de la imprevisión, en caso de que existan variaciones excesivas de costos que incidan en el equilibrio económico del contrato por circunstancias sobrevenidas, imprevistas y no imputables al deudor, distintas a las contempladas en la cláusula de reajuste específicamente pactada por las partes. Pues es de la esencia de la teoría que aplique a circunstancias imprevistas[87], por lo que mal podrían quedar descartas *ab initio*. Y agrega el autor que en caso de que se pacte una cláusula de reajuste o revisión, la aplicación de la excesiva onerosidad sobrevenida sólo quedará excluida cuando la cláusula convencional contemple los mismos cambios a los cuales se le pretende aplicar dicha teoría. En otras palabras cuando los eventos o circunstancias contemplados en la cláusula para disipar el mecanismo de reajuste, no coincidan con los que en concreto se presentaron para en la ejecución del contrato, resultará aplicable la teoría de la imprevisión[88].

---

[83] Véase también: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 189, En España la "dificultad extraordinaria o excesiva de la prestación" lo refiere la doctrina a propósito de la "extinción" de la relación obligatoria pues la doctrina se pregunta si es posible equipararla a la imposibilidad absoluta a lo que Lete refiere que la opinión generalizada es extensiva con base a los principios de equidad y buena fe. Es significativa la sentencia española del 9 de diciembre de 1949 en la que se indica que el deudor no se le puede exigir la prestación "exorbitante", es decir, "aquella que exigiría sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de los deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor. En todo caso –agrega la sentencia española del 6 octubre de 1987– que esta es una cuestión que debe estudiarse con más detenimiento dentro de la doctrina.

[84] Véase: Ferrer de San-Segundo, *La obligación...*, p. 225.

[85] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 108.

[86] Véase: Rodner, *La teoría...*, p. 448, si las partes han establecido en el contrato una cláusula de ajuste por dificultad sobrevenida el contrato se ajustaría por causas imprevistas o por las causas establecidas en el propio contrato. En tal caso el juez debe aplicar la revisión de acuerdo a lo convenido por las partes.

[87] Lupini Bianchi, *Notas...*, p. 321.

[88] *Ibid.*, p. 322.

Finalmente cabe preguntarse sobre la validez de una cláusula que excluya la aplicación de la teoría de la imprevisión. Esto, por cuanto según vimos, se admite la posibilidad de responder inclusive por causa extraña no imputable, por aplicación de la autonomía de la voluntad (artículo 1344 CC que conforma una norma dispositiva). Y al efecto se ha indicado que "equiparar la imprevisión a la causa extraña tiene cierto sentido, ya que es posible que un evento de caso fortuito o fuerza mayor tenga como efecto afectar el equilibrio contractual, sin hacer imposible, en un sentido absoluto, el cumplimiento de las prestaciones"[89]. Uno tendería a pensar que dada la semejanza sería natural asimilarlos en cuanto al tratamiento de la autonomía de la voluntad, pero lo cierto es que la semejanza es sólo aparente; porque a los efectos de la proporcionalidad de las prestaciones, la cláusula que hace que el deudor responda de la causa extraña simplemente invierte la simple consecuencia legal del riesgo por pérdida de la cosa debida; pero ésta no tiene el mismo sentido desproporcionado e injusto que podría representar la extrema onerosidad de la parte que este tendría que soportar carga excesiva a toda costa y que inclusive haría inútil su utilidad e interés como parte esencial de la obligación. Pudiera inclusive pensarse en la posibilidad de que se trata de una suerte de *cláusula abusiva*.

Finalmente, hay quien luego de pasearse por las distintas posibilidades señalan que a todo evento, la validez de la cláusula que pretenda excluir su aplicación no tendría lugar en los contratos de adhesión o de consumo en que no existe poder de negociación entre las partes. Por lo que la validez de la renuncia dependerá de la naturaleza del contrato y de las circunstancias particulares del caso[90]. Por nuestra parte, no vemos en la cláusula que asume el riesgo de la causa extraña la inequidad que supondría excluir *ab initio* la teoría de la imprevisión.

7. Diferencias con la causa extraña no imputable

Ciertamente la teoría de la imprevisión presenta diferencias y semejanzas con la causa extraña no imputable. Veamos de seguidas las principales.

A título de resumen entre las *diferencias* podemos citar: la causa extraña no imputable está expresamente consagrada (CC, arts. 1271, 1272 y 1344) en tanto que la teoría de la imprevisión en Venezuela a diferencia de otros países no cuenta con consagración expresa en el Código Sustantivo, no obstante la procedencia que doctrinaria y jurisprudencialmente ha presentado la figura.

---

89 Rodner, *La teoría...*, p. 448.

90 Carrer, *ob. cit.*, p. 347, indica que la doctrina se divide pues en Argentina existe una norma que prevé la figura y que para algunos consideran una norma de orden público que no puede ser factible de ser excluida por la voluntad. Otros admiten la posibilidad en función del principio de la autonomía de la voluntad así como acontece al asumir las consecuencias del caso fortuito y la fuerza mayor.

La causa extraña no imputable supone "imposibilidad" en tanto que la imprevisión "dificultad u onerosidad excesiva". El efecto de la causa extraña no imputable es la "extinción" de la obligación y excepcionalmente la suspensión temporal, en tanto que la imprevisión daría lugar a la revisión del contrato y excepcionalmente su extinción, toda vez que la figura trata de salvar la vida del contrato.

En cuanto a las cláusulas que la prevean, se admite respecto de la causa extraña no imputable por aplicación de la autonomía de la voluntad (CC, art. 1344), en tanto que se duda de la validez de la cláusula que pretenda descartar *per se* la teoría de la imprevisión[91].

Finalmente, se considera que la causa extraña no imputable libera de responsabilidad al deudor salvo que éste asuma el riesgo de la misma; en tanto que si bien la imprevisión afecta generalmente al deudor según se indicó *supra*, para algunos bien puede afectar excepcionalmente al acreedor que no tendría que soportar un pago enteramente irrisorio.

En cuanto a las *semejanzas* entre las figuras, vale indicar: en ambos supuestos ha de tratarse de un evento *sobrevenido*, esto es, posterior a la celebración del contrato; *imprevisible e irresistible*, no imputable a las partes (exterioridad) y se precisa que el afectado no esté incurso en mora.

[91] Véase *supra* 6 de este mismo tema.

TEMA 9 Incumplimiento Voluntario Temporal: La Mora[1]

SUMARIO: *1. Introducción 2. Noción 3. Casos en los cuales el retardo en el cumplimiento equivale a incumplimiento definitivo 4. Condiciones para que exista la mora del deudor 5. Casos en los cuales NO es necesario el requerimiento para que el deudor quede constituido en mora 6. Efectos de la mora 7. Cesación de la mora 8. La mora del acreedor*

1. Introducción

La prestación debida puede realizarse de forma voluntaria, pero también puede acontecer que el deudor incumpla, bien sea totalmente, o no realice la prestación exactamente como debía[2]. El artículo 1264 del CC dispone que "*las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas*". Dicha norma consagra el deber de cumplimiento exacto de la obligación.

El incumplimiento es la inejecución de las obligaciones[3], ya sea total o parcial, permanente o temporal, voluntario o involuntario[4]. "Dentro de la teoría del incumplimiento de la obligación se suele distinguir entre el incumplimiento de la prestación y el cumplimiento defectuoso de la misma. El cumplimiento defectuoso se subdivide, a su vez, en cumplimiento inexacto y cumplimiento tardío o moroso"[5]. Cuando el deudor no realiza

[1] Véase: Mélich Orsini, José: *La mora del deudor en el derecho venezolano.* En: Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 335-396; Padilla, René A.: *Responsabilidad civil por mora.* Buenos Aires, Astrea, 1996; López Cabana, Roberto M.: *La demora en el Derecho Privado.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 109-123; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 179-196; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 135-144; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 424-437; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 365-380; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 178-180; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 103-110; *Código Civil de Venezuela, Artículos 1269 al 1278*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1988; Cristóbal Montes, Ángel: *La mora del deudor en los contratos bilaterales.* Madrid, Civitas, 1984; Matías Brodsky, Jonathan: *La constitución en mora del deudor en el Derecho argentino.* En: Revista electrónica del instituto de investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Año VI, Nº 9, 2012, pp. 7-29, http://www.**derecho**.uba.ar/revistagioja/.../R0009A006_0003_investigacion.pdf; Muci Abraham, José: *Efectos de la mora sobre el deudor hipotecario protegido.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 80. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 209-217; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 237 y ss.; Diez-Picazo Giménez, Gema: *La mora del deudor*. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1994, Tesis doctoral bajo la dirección de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, https://repositorio.uam.es/.../29966_diez-picazo_gimenez_gema.pdf?.. ; Cazeaux, Pedro Nestro: *La mora del deudor (La reforma del art. 509)*, pp. 97-121, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/40-41/la-mora-del-deudor.pdf ; Diez-Picazo Giménez, Gema: *La mora y la responsabilidad contractual. Madrid*, Civitas, 1996; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 141-145; Larenz, *ob. cit.*, pp. 339-361; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 135-137; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 120-124; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 186-198; Puig I Ferriol, *ob. cit.*, pp. 264-270. En la presente tesis nos inspiramos también en las clases dictadas por el profesor Enrique Lagrange (*Apuntes*...).

[2] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 169.

[3] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 135.

[4] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 90.

[5] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 165.

de modo puntual y exacto el deber de prestación se produce el incumplimiento que deviene en dos categorías: el *incumplimiento propio, absoluto o definitivo* (que hace insubsanable el cumplimiento de la prestación)[6] y el *incumplimiento impropio o relativo* (subsiste la posibilidad de realizar la prestación). En el primero hay imposibilidad de realizar la prestación, mientras que en el segundo la característica es que todavía puede realizarse el deber de prestación, de allí el calificativo de impropio.

El cumplimiento inexacto o impropio es aquel que no se ajusta a los requisitos del plan de prestación; es aquel en que se pretende cumplir de una manera diferente a la que se debería. Por ejemplo, cuando se pretende cumplir en parte y no totalmente; cuando se pretende pagar con una cosa distinta a la debida, cuando se pretende ejecutar defectuosamente la prestación[7], cuando se pretende cumplir en un lugar o en un *tiempo* distinto al pactado. Precisamente, este último nos coloca en el ámbito de la "mora", que es la hipótesis más común de cumplimiento inexacto. La manifestación más característica del incumplimiento impropio viene dada por *la mora o cumplimiento tardío.* Discutiéndose si se trata de un incumplimiento total o parcial[8], pero a todo evento temporal.

La mayor o menor gravedad del incumplimiento inexacto es importante a los efectos del artículo 1167 CC, esto es, la acción de resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales[9]. Se alude a cumplimiento defectuoso y otras formas de infracción de la obligación que si bien no consiste ni en

---

[6] El incumplimiento propio o la imposibilidad de cumplir la prestación puede deberse a la voluntad del deudor pero también pude derivar de circunstancias ajenas a la culpa de éste, lo que nos coloca frente a la causa extraña no imputable a la cual ya nos referimos y que diferenciamos de la teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva.

[7] Véase a propósito de la obligación negativa: Ferrer de San-Segundo, *La obligación...*, pp. 244-246, entre las hipótesis de cumplimiento inexacto en materia de obligaciones negativas puede mencionarse sin ánimo de ser exhaustivo: *La no realización u observancia incorrecta o incompleta de deberes accesorios o instrumentales establecidos al configurar la abstención, sean éstos de carácter positivo o negativo, cuya infracción no supone un incumplimiento propio y definitivo. *La no realización de alguna de las prestaciones singulares fijadas en el marco de una relación obligatoria compleja. Si estas prestaciones singulares son, además, equivalentes en su función económica y proporcionales en relación al todo, se hablará de un cumplimiento inexacto por parcial, más que por defectuoso. *La observancia de la omisión sin obtener el resultado en su caso exigido (por lo que resulta inidónea) o sin desplegar la necesaria diligencia. Se puede lesionar la obligación de no divulgar un secreto si éste, aún sin desvelarse por el deudor, es descubierto por su negligencia en la custodia de la fórmula. *La imposición de una prohibición de carácter jurídico, desarrollando una conducta que no es completamente convergente y que, aunque solo en parte, lo contradice.

[8] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 110, algunos discuten si se trata de un incumplimiento total de obligación pues supone la inejecución de la misma, en tanto otros la consideran un incumplimiento parcial pues solo afecta el tiempo u oportunidad de cumplimiento.

[9] Pues con base a dicha norma, el acreedor tiene la opción de solicitar el cumplimiento del contrato, esto es, la ejecución de la prestación todavía posible o por otra parte, la opción de la resolución del contrato, esto es, a ponerle fin, a desligarse del contrato. En uno y otro caso, se tiene la opción de la reparación de daños y perjuicios. Pero en caso de resolución –a decir de Lagrange (*Apuntes...*)– ante el supuesto de cumplimiento inexacto, el incumplimiento debe ser tal gravedad o entidad que justifique la acción de resolución. No todo incumplimiento justifica una acción resolutoria, como lo sería una obligación accesoria o de poca monta. El Juez será quien decida.

una imposibilidad ni en un retraso, se ha considerado en el Derecho alemán deben ser resueltas por aplicación analógica de los preceptos de la mora[10].

2. Noción

La manifestación más característica del incumplimiento impropio o relativo[11] es la mora o cumplimiento tardío. Se afirma que el incumplimiento temporal, contrariamente al definitivo, supone que el deudor cumple la obligación, pero en un momento posterior al debido. Ello es lo que se conoce con el nombre de *"mora"*. A lo que debe añadirse la idea de "*culpa*", pues la mora radica en un "*retardo culposo*" en el cumplimiento de la obligación, la cual es todavía posible de cumplir[12]. Por lo que se atribuye un elemento objetivo (retardo) y un elemento subjetivo (culpa) en la configuración de la mora[13]. Algunos agregan "el requerimiento" en los casos que sea exigible[14].

En el incumplimiento temporal que consiste en la tardanza, retardo o demora en la ejecución de la obligación, el deudor cumple pero decide hacerlo en una oportunidad posterior a la prometida. Constituye pues un incumplimiento temporal y culposo. Su fundamento viene dado por art. 1271[15] CC que consagra una presunción *iuris tantum* de incumplimiento culposo en contra de deudor.

El tiempo juega un papel vital en la mora. De allí que se asocie la responsabilidad moratoria con el cumplimiento del plazo[16] aunque tardío. Aludir a retardo en el cumplimiento supone admitir que el cumplimiento todavía es posible. Normalmente, no cabe hablar de retardo cuando el cumplimiento de la prestación es imposible. De tal suerte que si el cumplimiento todavía es posible porque aunque se cumpla retrasadamente la prestación es idónea para satisfacer el interés del acreedor, estamos ante la figura en estudio. La inobservancia del tiempo en el que la prestación debe ser realizada da lugar a una situación de retraso en el cumplimiento que configurará la *mora debendi*[17].

---

[10] Véase: Larenz, *ob. cit.*, pp. 365 y 366.

[11] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, pp. 312-314, indica que el incumplimiento relativo supone el interés subjetivo objetivado del acreedor, la factibilidad material del cumplimiento y la factibilidad jurídica del cumplimiento.

[12] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 135; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 424, se trata de un retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación y que medie dolo o culpa del deudor.

[13] Cazeaux, *ob. cit.*, p. 97.

[14] Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 92 y 93.

[15] "*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*".

[16] Véase: Padilla, *ob. cit.*, pp. 221-299.

[17] Diez-Picazo Giménez, *La mora del deudor*..., p. 7, mientras que hay *cumplimiento inexacto* en todos aquellos casos en que la prestación efectuada no posea los requisitos subjetivos y objetivos que son idóneos para hacerla coincidir con el objeto de la obligación y para satisfacer el interés del acreedor. La autora lo diferencia también del incumplimiento definitivo.

El incumplimiento defectuoso o tardío es sólo una alternativa. Se suele identificar el incumplimiento transitorio con mora[18], también denominado "cumplimiento tardío"[19]. Mora y retardo son sinónimos en el lenguaje común, pero jurídicamente la noción de la primera es más compleja, por aparejar diferentes y más importantes que el simple retardo[20].

La mora constituye un retardo culposo en el cumplimiento. Y así se afirma que "la mora es el retraso en el cumplimiento de la prestación imputable al deudor"[21]. Constituye un retraso significativo e injustificado en el cumplimiento de una obligación exigible[22]. Comporta un incumplimiento provisional de la obligación, consistente en un retraso culposo en el cumplimiento de la prestación. Presupone la posibilidad de llevar a cabo el cumplimiento en un momento posterior al pautado[23]. Se presenta así la mora como un retraso en el cumplimiento, pero una tardanza culpable[24].

Se asocia al aspecto del tiempo[25], pues tiene que ver con la oportunidad en que debe ser cumplida la obligación. Acaecido el tiempo de cumplir la obligación, el deudor no lo hace, propiciando una situación de incertidumbre. El cumplimiento retardado en cambio está constituido por un acto de cumplimiento ya efectuado aunque con retardo. "El mero retraso, en general, no determina la situación de mora o morosidad"[26]. No toda demora es mora[27]. No hay que identificar retardo con mora, pues ésta constituye un retraso culpable. Esto es, el deudor solo responde del retraso derivado de su culpa. Puede existir retardo inculpable, cuando el retraso no es imputable a la voluntad del deudor[28]. Se alude inclusive a supuestos de "*retardo*

---

[18] Padilla, *ob. cit.*, p. 22, el autor no está de acuerdo.

[19] Véase: Sala de Despacho del Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-2-10, Exp. 44121, http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/FEBRERO/512-10-44121-077.HTML; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 26-4-05, Exp. KP02-V-2003-002179, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/ABRIL/652-26-KP02-V-2003-2179-.HTML "cumplimiento defectuoso de los deudores o cumplimiento tardío".

[20] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 91.

[21] Larenz, *ob. cit.*, pp. 339 y 340; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 429, la mora es el retardo injustificado en el cumplimiento, supone la exigibilidad del crédito y el retardo en el cumplimiento imputable al deudor.

[22] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 172, toda vez que el retraso circunstancial no debe considerarse mora pues dentro de los deberes sociales ordinarios de cortesía y convivencia se comprende la tolerancia de un retraso no esencial o no significativo.

[23] Puig I Ferriol, *ob. cit.*, p. 264.

[24] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 121; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 165.

[25] Véase: López Cabana, *ob. cit.*, p. 17, la mora deja ver la importancia del tiempo en el Derecho. El tiempo es un factor preponderante en las relaciones jurídicas.

[26] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 135.

[27] Padilla, *ob. cit.*, p. 54, la mayoría de los autores agrega el aspecto de la culpabilidad.

[28] Véase: López Cabana, *ob. cit.*, p. 71, cuando el retraso de la prestación es de naturaleza objetiva sin producirse los efectos de la mora, el acreedor está obligado a esperar. Por ejemplo, el acreedor se dirigía a pagar y fue objeto de un asalto; el retraso razonable que implique la reposición del dinero no constituye una causa culpa del mismo.

no moratorio"[29]. En cuyo caso el deudor no responde de las consecuencias dañosas del retardo. Obviamente, que cuando cese la causa que determina la imposibilidad temporal de cumplir, el deudor debe proceder al cumplimiento de la obligación sin más retardo[30].

La mora del deudor es pues, aquella infracción obligacional consistente en el incumplimiento provisional de la prestación debida, por cuanto siendo la obligación exigible, el deudor no realiza la prestación originalmente pactada. Pero el cumplimiento aunque con retardo, es todavía posible[31].

La sentencia española de 30 de junio de 1971 indica que la mora es el retraso culpable que no quita la posibilidad del cumplimiento tardío de la obligación porque si por consecuencia del retraso desapareciera la posibilidad de cumplir, más que mora habría incumplimiento total[32].

La mora configura la hipótesis más importante y común de cumplimiento inexacto de la obligación. Se trata de un incumplimiento injustificado, un retardo culposo en cumplir. Y ese retardo tiene la característica de que, a diferencia de lo que normalmente sucede con otras formas de cumplimiento inexacto de la obligación, no es factible la ejecución forzosa en forma específica. La institución de la mora pretende regular las relaciones entre acreedor y deudor cuando a posteriori ha venido a quedar demostrado, por fuerza de las circunstancias, que lo que comenzó como un simple retraso terminó constituyendo un cumplimiento retardado pero imputable al deudor. Y se trata entonces de determinar cuál es la responsabilidad del deudor para con el acreedor, por las consecuencias dañosas durante el intervalo, es decir, durante el tiempo entre el vencimiento de la obligación y aquel en el cual el deudor vino a cumplir retardadamente[33]. De allí que algunos vean la mora como una variedad de la responsabilidad civil[34].

Se afirma que en esta materia juega un papel fundamental la autonomía de la voluntad. Pudiéndose así pactar casos de "mora convencional"[35]. Se puede perfectamente acordar supuestos que limiten o supriman la responsabilidad por mora o por retardo[36]. Así como también luce válido pactar que el retardo equivale a cumplimiento definitivo[37].

---

[29] Véase: PADILLA, *ob. cit.*, pp. 55 y 56, entre los que cita los supuestos de "interpelación defectuosa", el retardo tolerado y las obligaciones puras y simples.

[30] Así indicamos *supra* 7, que si las circunstancias que parecieran constituir causa extraña no imputable son pasajeras sólo propiciarían un incumplimiento temporal no imputable al deudor.

[31] VAQUER ALOY, Antoni: *El ofrecimiento de pago en el Código Civil.* Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 119.

[32] ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 186, igualmente las decisiones de fecha 3 de noviembre de 1990, 21 de diciembre de 1998 y 28 de septiembre de 2000.

[33] LAGRANGE, *Apuntes*...

[34] PADILLA, *ob. cit.*, p. 2.

[35] Véase: *ibid.*, pp. 337-339.

[36] *Ibid.*, p. 339.

[37] *Ibid.*, p. 340.

Veremos que si bien el tema se dirige fundamentalmente a la mora del deudor, también se distingue entre las clases de mora, la mora del acreedor[38].

3. Casos en los cuales el retardo en el cumplimiento equivale a incumplimiento definitivo[39]

Se presentan situaciones en las cuales no se concibe una situación de retardo en cumplir. Y en las cuales por lo tanto, el retardo en el cumplimiento equivale a un incumplimiento definitivo.

Entre tales ejemplos la doctrina tradicional suele colocar el caso de las obligaciones negativas[40] con base a que el artículo 1269 CC no las incluye expresamente: *"si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención..."*. Se pretende señalar que tales obligaciones se cumplen o se incumplen pero no se concibe retraso en el cumplimiento. La generalidad de la doctrina sostiene que en las obligaciones de no hacer el deudor no puede incurrir en mora, pues su incumplimiento consiste en realizar aquello que estaba prohibido, bajo el alegato que en las obligaciones de no hacer no puede existir jamás el retardo en el cumplimiento[41].

Sin embargo, adherimos a la tesis según indicamos[42] que podrá en algunos casos admitirse posibilidad de mora en obligaciones negativas siempre que el acreedor conserve el interés en el cumplimiento del deudor[43]. Las obligaciones negativas admiten posibilidad de mora cuando el acreedor puede no obstante el retardo ver satisfecho su interés. Se coloca el ejemplo del artista que no obstante haber celebrado un pacto de exclusividad con un

---

[38] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 113-115, distingue las clases de mora: *Por los sujetos: Mora del acreedor o mora *credendi* y *mora solvendi* o mora del deudor (que puede ser *solvendi ex re* y *solvendi ex personam*). *Por su origen: *mora ex contractu* y *mora ex lege*, según derive del contrato o de la ley. *mora del acreedor y mora del deudor.

[39] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 123; Padilla, *ob. cit.*, pp. 77-83.

[40] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 86 y 123; Mélich Orsini, *La mora del deudor ...*, p. 343; Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-2-10, Exp. 44121. http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2010/febrero/512-10-44121-077.html "las características principales de la mora, es que la misma es temporal, y que ella sólo es procedente en las obligaciones de dar o hacer".

[41] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 52; Diez-Picazo Giménez, Gema: *La mora y la responsabilidad contractual*. Madrid, Civitas, 1996, pp. 522-524 (la autora indica el "carácter positivo de la obligación" como requisito de la mora:); Llanos Lagos, *ob. cit.*, p. 123; Egusquiza Balmaseda, *ob. cit.*, 1987, (http://www.cibernetia.com/tesis_es/ciencias_juridicas_y_derecho/derecho_y_legislacion_nacionales/derecho_civil/26; Egusquiza Balmaseda, *Obligaciones ...www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero=RJ...*, p. 157; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 191; Mélich Orsini, José: *El pago*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 86, 2ª edic., 2010, p. 33; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 109.

[42] Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 97-102.

[43] Véase: Ferrer de San Segundo, *La obligación...*; Moisset de Espanés, Luis: *La mora en las obligaciones de no hacer*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-39, www.acaderc.org.ar; Ferrer de San-Segundo, María José: *Sobre la mora de las obligaciones negativas*. http://abogadocivilista.ferrerdesansegundo.com/articulos-doctrinales/sobre-la-mora-de-las-obligaciones-negativas/

canal, aparece en otro canal pero respecto del cual el acreedor conserva el interés en dicho cumplimiento. Por lo que sostiene atinadamente Ferrer de San Segundo que no se pueden establecer reglas radicales en la materia[44].

Se cita entre los casos en que no se admite mora:

Las obligaciones estipuladas a *término esencial*[45], esto es, aquellas que han de ser cumplidas en una fecha exacta o precisa, porque con posterioridad a la misma, el acreedor pierde completamente el interés en el cumplimiento. Se trata de un término perentorio establecido en interés del acreedor, porque su utilidad no queda satisfecha si no recibe la prestación en el tiempo oportuno. Bien sea porque necesita el objeto de la prestación para cumplir frente a una tercera persona o porque tiene a su vez la condición de deudor, como sucede en materia de contrato de bolsa o de suministro. O bien porque el cumplimiento tardío ya no servirá para satisfacer el interés del acreedor, como sería el caso del cantante que debía acudir a un evento, el transportista que debía trasladar al aeropuerto, la operación quirúrgica que debía realizarse en determinada fecha, o la noticia que debe ser transmitida de inmediato. No se trata de un término simple u ordinario sino de un término esencial en que la prestación tardía hace inútil el cumplimiento[46]. De allí que en caso de término esencial se aluda en principio a incumplimiento definitivo[47]. El cumplimiento tardío no es procedente cuando se trata de un término esencial o el acreedor ha perdido interés en el cumplimiento de la prestación[48].

Cuando se ha estipulado una *cláusula resolutoria expresa*[49] en caso de incumplimiento, se afirma que el incumplimiento equivale a definitivo.

---

[44] Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 97-102; Goyas Céspedes, *ob. cit.*, pp. 169 y 170, La violación de la obligación negativa, es señalada por la doctrina como otro supuesto de incumplimiento definitivo... Sin embargo, para poder determinar si existe un incumplimiento definitivo habrá que valorar si la realización de la conducta trae consigo la frustración del fin del contrato, en cuyo caso deberá considerársele como un incumplimiento definitivo y se desplegarán todos los medios que el ordenamiento brinda al acreedor para la protección de su derecho; pero, si por el contrario, la conducta realizada no vulnera la finalidad del negocio realizado.

[45] Véase: Padilla, *ob. cit.*, pp. 80 y 81, las obligaciones sometidas a plazo esencial suponen la inutilidad de la prestación tardía.

[46] Véase: CComercio, art. 143; Lagrange, *Apuntes...*

[47] López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 137 y 138, en opinión del autor al basarse la esencialidad del término en la inutilidad de la prestación tardía, cabría una remisión a la naturaleza de la relación para interpretar la voluntad negocial de las partes. Producido el vencimiento del término considerado esencial, se produce el incumplimiento definitivo de la obligación con todas su consecuencias, aunque , no obstante, y en virtud del principio de libertad que hemos señalado como regla primaria del incumplimiento, quedará al arbitrio del beneficio del término esencial solicitar el cumplimiento tardío (si de algún modo le interesa) la indemnización o la resolución.

[48] Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 5-3-11, Exp. s/n en la web, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/MARZO/2153-5-AP31-V-2011-001588-.HTML. Las dos condiciones para que el ofrecimiento tardío no sea válido, son: que exista un término esencial o que el acreedor haya perdido interés en recibir el cumplimiento tardío. Ninguna de las dos se actualizan en el caso de deudas pecuniarias de alquileres.

[49] Véase: Padilla, *ob. cit.*, p. 81.

En tal caso, en el contrato se prevé que el incumplimiento retardado del deudor o su pretensión de cumplir tardíamente, permite al acreedor tener por resuelto el contrato. Pero se aclara que ella simplemente concede una facultad de la que puede o no hacer el acreedor; de tal suerte, que si bien puede aludirse a un efecto automático de la cláusula resolutoria, ese efecto, no se produce contra la voluntad del acreedor. Éste verá si le conviene prevalerse de dicha cláusula[50].

Otra hipótesis semejante en que no hay mora, acontece en caso de *resolución de pleno derecho*, esto es, la resolución del contrato por el solo efecto de la ley en aquellos casos de incumplimiento por el mero retardo. Un ejemplo se aprecia en el artículo 1531[51] del CC y 141[52] del CCom.

Finalmente, se cita como otro supuesto en que no cabe hablarse de mora: *cuando el deudor haya declarado expresamente al acreedor su voluntad de no cumplir la obligación*. En tal caso no existe incertidumbre para el acreedor, no es que el deudor va a cumplir con retraso sino que no va a cumplir. De tal suerte que no hay equívoco posible: de la propia manifestación del deudor se desprende entonces fatalmente la imposibilidad de cumplimiento tardío y el acreedor se encuentra ante una situación de incumplimiento definitivo[53].

La doctrina extranjera agrega *la frustración del fin del negocio*, lo que desvirtúa la existencia misma del negocio y por ello impide la posibilidad de reclamación por mora[54].

4. Condiciones para que exista la mora del deudor[55]

4.1. *Que el deudor retarde dolosa o culposamente el cumplimiento de la obligación*

La mora es retardo culposo en el cumplimiento de la obligación, es decir, el retraso propiciado por la voluntad del deudor; por su dolo o culpa *strictu sensu*. La mora coloca al deudor en la situación de responder de los daños propiciados al acreedor por el retraso. La mora es pues una calificación del retardo; es un retardo culposo en cumplir.

---

[50] Lagrange, *Apuntes*...

[51] "*Cuando se trata de cosas muebles, la resolución de la venta se verifica de pleno derecho en interés del vendedor si el comprador no se ha presentado a recibir antes que haya expirado el término para la entrega de la cosa vendida, o si, aunque se haya presentado a recibirla, no ha ofrecido el precio, a menos que se le haya otorgado plazo más largo para esto*".

[52] "*En la venta, la condición resolutoria tiene lugar de pleno derecho en favor de la parte que antes del vencimiento del término estipulado para el cumplimiento del contrato, haya ofrecido a la otra parte, de la manera acostumbrada en el comercio, la entrega de la cosa vendida o el pago del precio, si ésta no cumple su obligación. A falta de tal oferta y de estipulaciones especiales, la resolución se rige por las disposiciones del Código Civil sobre la condición resolutoria tácita. En ambos casos, la parte que no cumple su obligación, queda sujeta al pago de los daños*".

[53] Lagrange, *Apuntes*...

[54] Véase: Padilla, *ob. cit.*, p. 83.

[55] Puig I Ferriol, *ob. cit.*, pp. 265-268.

El deudor no responde de aquellos sucesos que no hubiesen podido preverse. Por lo tanto, la mora supone culpa o dolo en el retraso[56]. Recordemos que en materia contractual pesa una presunción de culpa sobre el deudor que éste debe desvirtuar mediante la respectiva prueba de que la circunstancia que le impide cumplir no le es imputable.

4.2. *Que se trate de una obligación válida, cierta, líquida y exigible*[57]
La obligación amén de ser válida y posible de cumplir ha de ser cierta, líquida y exigible. El cumplimiento de la obligación debe ser posible; se precisa un retardo injustificado e imputable al deudor. Se discute si debe causar daños y perjuicios.

En cuanto a la certeza, ésta puede ser objetiva y subjetiva. La *certeza objetiva* tiene que ver con la existencia del crédito, pues ¿si no se está convencido de la existencia del crédito cómo se ha de pagar? Han de existir pues, elementos objetivos que demuestren que la deuda existe. Pero no hay que confundir la falta de certeza objetiva con fundamentos razonables con el pretexto inventado para evadir el pago. La falta de certeza corresponderá disiparla al Juez.

Por otra parte, se distingue la *certeza subjetiva*, relativa a la claridad de la figura del acreedor y del deudor. Sobre la materia cabe tener presente el artículo 1269 CC: "*Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención. Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, únicamente ocho días después del requerimiento. Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente*".

Si el deudor ha muerto, sus sucesores pueden ignorar el vencimiento de la obligación, y se plantea una suerte de falta de certeza subjetiva respecto al heredero del deudor por lo que la ley siendo justa señala que no solo el vencimiento del plazo constituye al heredero en mora sino que se precisa formularle el requerimiento y aun así la mora precisa de ocho (8) días. Vale observar según se deriva de la norma que lo anterior no aplica si el deudor estaba en mora en cuyo caso ésta continúa en sus herederos.

Se requiere *liquidez*. Crédito líquido es aquel cierto en su monto. Se agrega o que sea fácilmente determinable mediante una simple operación aritmética. Se entiende entonces que si no ha mediado liquidez mal puede existir mora. En este aspecto se plantean dos posiciones; una tradicional y otra moderna. Según la primera si no hay liquidez no puede haber mora, porque no puede existir retardo culposo cuando no se sabe cuánto se debe. El asunto se hace agudo particularmente en obligaciones derivadas del

---

56 *Ibid.*, p. 266.

57 Lagrange, *Apuntes*...

hecho ilícito extracontractual, en el que resultaría comodísimo no pagar con la excusa de carecer de monto preciso. Por lo que inclusive la propia doctrina tradicional sostenía la regla que cuando hay iliquidez hay mora comporta una excepción en materia de hechos ilícitos extracontractuales pues lo justo es que se proceda a reparar el daño inmediatamente cuando no media un previa relación contractual, porque se está en mora desde el momento mismo en que acontece el hecho ilícito. Modernamente se tiende a ser más riguroso y la doctrina pone de lado la regla si hay iliquidez no hay mora, para adoptar una posición más exigente respecto a la persona del deudor; el sentido de responsabilidad que cada uno debe tener y por tal es menester proceder inmediatamente a la reparación del daño. Y si la excusa es que no sabe cuándo debe exactamente, entonces pague "aproximadamente" a título de cuenta o a reserva de la liquidación definitiva. De allí concluía Lagrange que toda circunstancia que simplemente pueda servir de pretexto al deudor para no cumplir debe ser objeto del más absoluto rechazo, porque las obligaciones nacieron para ser cumplidas y más aún ser cumplidas sin retardo.

Exigibilidad supone que el crédito no esté pendiente del cumplimiento de término o condición, pues si lo está, mal puede hablarse de retardo en el cumplimiento. Cuando la condición suspensiva o el término se ha cumplido la obligación es exigible.

4.3. *La constitución o puesta en mora del deudor por medio de un requerimiento u otro acto equivalente*[58](mora interpelatoria *o ex persona*)

Cuando se precisa interpelar al deudor para constituirlo en mora, se afirma que se está ante la mora interpelatoria o mora *ex persona*. Para diferenciarlo de casos que veremos en que la mora se produce sin necesidad de interpelación y que por contraste se denominan casos de mora *ex re*. Precisamente salvo aquellos casos o supuestos en que opera la mora al margen del requerimiento, se precisa éste para que acontezca la mora.

4.3.1. *Noción de requerimiento o interpelación*[59]

Dispone el artículo 1269 CC: "*Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención. Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, únicamente ocho días después del requerimiento. Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente*".

---

[58] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 425, la necesidad de requerimiento u otro activo equivalente es exigido cuando el cumplimiento de la obligación no tiene término determinado; Ghersi, *ob. cit.*, p. 323, cuando es necesaria con posterioridad a la formación del contrato adquiere el carácter de un verdadero acto jurídico, pues modifica un derecho del acreedor, que hasta ese momento tenía un aplazamiento en el ejercicio de su derecho.

[59] Véase: Padilla, *ob. cit.*, pp. 373-387.

El "requerimiento" se denomina también "intimación" o "interpelación" y consiste en una orden dirigida al deudor por medio de la cual se le exige el pago pero en términos categóricos. Se le indica al deudor que se quiere el pago sin más dilación, sin más retardo; se le exige el pago inmediatamente. De allí que algunos distingan entre cobrar y requerir el pago; cobrar es exigir el pago, lo cual supone una obligación exigible pero requerir el pago es algo más, es cobrar una obligación exigible pero hacerlo en términos categóricos, expresivos de una voluntad inequívoca[60] del acreedor de que no está dispuesto a tolerar un retardo mayor[61]. Sin que exista necesidad de que vaya acompañada de una amenaza de ejecución.

La interpelación se basa en el poder de los derechos creditorios en procura de la realización del crédito. Se hace saber al deudor que ha cesado la tolerancia en la demora[62]. La interpelación o intimación (*mora ex persona*) es una declaración de voluntad unilateral de alcance recepticio dirigida por el acreedor al deudor. No precisa de aceptación por parte de éste[63]. "La interpelación tiene sentido sólo cuando el cumplimiento posterior todavía es de utilidad para el acreedor"[64] y se refiere a la exigencia indubitada de cumplimiento[65].

4.3.2. *Forma del requerimiento*[66]

Si bien ciertos Códigos precisan la forma escrita (como el italiano y la práctica francesa), el CC venezolano no se pronuncia al respecto. Algunos pretenden darle forma judicial con base al artículo 1969[67] del CC relativo a

[60] Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 5-12-05, Exp. AF45-U-2000-000017, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/DICIEMBRE/2099-5-1468-1008.HTML "siendo la mora un retraso relevante que justifica el deber de indemnizar, el deudor demorado sólo incurre en mora cuando media interpelación o requerimiento de cumplimiento... Es necesario una inequívoca manifestación de voluntad del acreedor de requerir al deudor el cumplimiento de la prestación. De lo contrario, podrá haber retraso en el cumplimiento de la obligación, lo que implica un retraso tolerado, pero no mora. A pesar de que la mora exige la interpelación del deudor (mora ex persona), sin embargo, también la ley puede prever supuestos en los que se produce automáticamente, esto es, sin necesidad de interpelación o intimación del acreedor (mora ex re), en cuyo caso el retraso en el cumplimiento por el deudor hace surgir la mora por el sólo vencimiento del plazo (*dies interpellat pro homine*), lo que normalmente se determina a partir de las consecuencias expresas o tácitas que la norma vincula a tal vencimiento."

[61] Véase: Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-11-09, Exp. AP31-M-2008-000252 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/noviembre/2153-18-AP31M2008000252-.html "en las cartas se cita al demandado "para tratar asunto de interés legal"; lo cual no encierra una interpelación de pago... además de que no aparecen recibidas por el demando, lo que le restaría eficacia, las mismas no contienen ninguna interpelación que se asimile a una gestión de cobranza extrajudicial; que pongan al deudor en mora de cumplir su obligación; ya que se limitan a citarlo para "tratar asunto de interés legal". Y si la interpelación al deudor no contiene la sustancia de lo que se interpela, no surte efecto para ponerlo en mora de cumplir".

[62] PADILLA, *ob. cit.*, p. 375.

[63] PUIG I FERRIOL, *ob. cit.*, p. 266.

[64] GHERSI, *ob. cit.*, p. 319.

[65] *Ibid.*, p. 320.

[66] Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 121 y 122.

[67] Véase *infra* tema 19.5.5.1.

la prescripción, pero lo cierto es de dicha norma se deriva una notable amplitud sobre la forma del requerimiento al indicar "*...o de cualquier otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación*" y agrega la norma que si se trata de prescripción de créditos basta el "cobro extrajudicial". Por lo que pretender forma judicial ciertamente constituye una interpretación exagerada, toda vez que "no se exige forma determinada para la intimación"[68]. Y aunque se pretenda distinguir entre la constitución en mora y el cobro extrajudicial, sería enteramente excesivo pretender que para constituir en mora debe adoptarse forma judicial; pareciera una interpretación que apunta a una preocupación excesiva por proteger los intereses del deudor, cuando en realidad la norma no tiende a ello.

Pues si se interpreta –en acertada opinión de Lagrange– que requerir es algo más que exigir el pago, habría que decir, que si bien el simple cobro extrajudicial interrumpe la prescripción[69], pudiera éste no bastar para constituir en mora al deudor; pero ello tampoco autoriza a afirmar que el requerimiento deba hacerse judicialmente[70]. Lo propio es pues concluir, que esa orden inmediata de pago sin dilación podría asumir forma judicial[71] o forma extrajudicial y que puede hacerse por escrito o no, pero en el último caso el acreedor puede tener un problema de prueba[72], por lo que es recomendable algún soporte instrumental, con proyección a la interrupción de la prescripción[73]. Lo importante será una orden perentoria del acreedor dirigida al deudor de querer ser pagado inmediatamente y sin ningún retardo.

4.3.3. *Sujetos del requerimiento*

Se trata de los sujetos que pueden realizar la interpelación: En cuanto a quien tiene derecho a efectuar la interpelación se ubica, el acreedor o su representante o mandatario, el gestor de negocios. La interpelación está dirigida al deudor, su representante o mandatario al gestor de negocios por

---

68 Lagrange, *Apuntes...*; Lete del Río, *ob. cit.*, p. 123.

69 Véase artículo 1969 CC: "*Si se trata de prescripción de créditos basta el cobro extrajudicial*".

70 Véase sin embargo: Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 428, para el autor el requerimiento es la interpelación que se hace por ante los tribunales. Sus equivalentes son la demanda judicial, la orden de pago y la carta.

71 Véase: CPC, arts. 936 y ss.

72 Véase: López y López y otros, *ob. cit.*, p. 135, la ley no exige forma respecto del requerimiento (habrá a lo sumo un problema de prueba) y que no es menester que se refiera expresamente a la mora, sino que basta que intime o exija el pago. Puede producirse judicial o extrajudicialmente.

73 Véase: TSJ/SCS, Sent. 1099 de 14-10-10, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1099-141010-2010-09-674.HTML "Ha sido establecido por esta Sala que el cobro extrajudicial es una de las formas de cumplir con la interpelación, intimación o requerimiento, requisito éste indispensable que debe concurrir para constituir en mora al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (*mora solvendi*) y consiste en la manifestación de voluntad inequívoca del acreedor que su crédito se materialice en forma inmediata, para cuya práctica la ley no establece formalismo, por lo cual servirá cualquier medio... es reconocer que la misma sí constituye un acto de cobro extrajudicial capaz de colocar en mora al deudor y que por ende logró interrumpir el lapso de prescripción de la acción, en atención a lo establecido en el artículo 1.969 del Código Civil".

las deudas derivadas de su gestión[74]. Los sujetos del requerimiento son el interpelante y el interpelado. El interpelante, naturalmente en principio es el acreedor o bien un apoderado del acreedor que actúe en nombre de éste o bien su gestor de negocios. Pareciera que el requerimiento puede hacerlo el acreedor que es incapaz de obrar para que se pague a la persona que lo representa a él o para que pague a quien lo debe asistir. Pero ello es discutido en la doctrina y depende de si al requerimiento se le pretende dar naturaleza negocial y por ende se exija la capacidad de contratar o se considera que lo importante será el discernimiento o capacidad natural y por tal no se aplican a la constitución en mora las normas relativas a la capacidad de obrar. Esta última parece la interpretación más a tono con la protección del crédito y la carencia de formalidades porque dicho acto tendría el efecto también de interrumpir la prescripción.

El interpelado es naturalmente el deudor, lo cual no plantea duda cuando se hace a una persona capaz de pagar. En cambio, el requerimiento no podría hacerse eficazmente a un apoderado con poder suficiente únicamente para "pagar", porque dirigirle el requerimiento a un apoderado no bastaría para disipar la incertidumbre de que la orden en que consiste el requerimiento ha llegado al conocimiento del deudor que debe hacer el pago.

4.3.4. *Tiempo del requerimiento*

El requerimiento debe tener lugar después del vencimiento[75]. El requerimiento no debe ser hecho antes del nacimiento de la obligación. ¿Qué sucede con el requerimiento hecho anticipadamente? Pues simplemente se considera ineficaz porque antes del vencimiento de la obligación el acreedor no tiene derecho a exigir el pago y mal puede constituir en mora al deudor. Y respecto al requerimiento anterior al vencimiento, pero para cuando la obligación esté vencida, para algunos es eficaz y para otros es una ratificación inútil del deseo del acreedor de que al vencimiento el deudor pague. Pareciera en el fondo ser igual al primer supuesto, porque contraría la regla de la exigibilidad.

4.3.5. *Lugar del requerimiento*

La regla en nuestro Derecho es que el acreedor debe trasladarse al domicilio[76] del deudor para requerirle el pago una vez que ha vencido la obligación. No es al revés: no es el deudor quien debe trasladarse. Refiere Lagrange que es recomendable para disipar las dudas que el acreedor haga uso de la forma prevista en el artículo 936 del CPC para la notificación.

---

[74] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 120.

[75] Larenz, *ob. cit.*, p. 340.

[76] Véase: Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 435 y 436, la cuestión sería distinguir si se trata de domicilio o residencia. Criterio que para el autor deberá dejársele al estudioso. Véase sobre la sede jurídica, nuestro trabajo: L*a sede jurídica.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 449-495 (también en: *Manual de Derecho Civil I Personas*.., pp. 164-195).

4.3.6. *Requerimiento hecho por una cantidad distinta a la debida*

El requerimiento hecho por el acreedor de una obligación divisible por una parte de la deuda, sin que él entienda hacer remisión del resto de la misma, será eficaz solamente por la parte requerida.

Si el requerimiento lo hace el acreedor por una suma mayor de la debida, se discute; según algunos el requerimiento es ineficaz y según otros será eficaz solo hasta el monto de lo que el deudor realmente debe. Lo más lógico es interpretar que en caso de requerimiento mayor al monto debido, aquel vale sólo por la suma adeudada[77].

4.3.7. *Momento en que el requerimiento produce la mora*

La constitución en mora del deudor supone un acto de cooperación que debe realizar el acreedor para con el deudor. Es una orden que hace saber el acreedor al deudor que quiere que se le pague de una vez. Tratándose de una obligación exigible, el deudor en Derecho no debe tener otra cosa que hacer que seguir la orden del acreedor. Y por tal surge la pregunta ¿En qué momento se produce la constitución en mora? ¿En el instante mismo que el acreedor hace el requerimiento o intimación al pago? Pues podría no ser así en todos los casos. Sucederá que en ocasiones el deudor, habiendo acatado la orden del acreedor necesita un cierto tiempo para proceder al cumplimiento.

Lo importante será constatar que el deudor no ha incurrido en retardo culposo. Y así por ejemplo, en el caso de que se trate de un cuerpo cierto, y el deudor ha acatado la orden del acreedor para cumplir; y en ese momento se produce una causa extraña no imputable que propicia la pérdida de la cosa debida no puede considerarse en tal hipótesis que el deudor estaba en mora, pues el deudor había recibido la orden de cumplir, la había acatado y se dirigía a cumplir. De tal suerte que no siempre el momento en que se práctica el requerimiento coincide con el momento en que el deudor queda constituido en mora. Por el contrario, entre uno y otro momento generalmente se precisa cierto intervalo razonable de tiempo que requiere el deudor para hacer efectiva la orden del acreedor.

5. Casos en los cuales NO es necesario el requerimiento para que el deudor quede constituido en mora[78]

La regla general de que la mora requiere interpelación no es absoluta[79]. Los casos que precisan requerimiento se denominan mora *ex persona*, por oposición a los supuestos de mora *ex re* que veremos a continuación en que no se precisa dicha figura. Así pues, hay casos de mora sin necesidad de requerimiento[80]. La doctrina extranjera los denomina "*mora automática*", esto es, aquellos que no precisan requerimiento por parte del acreedor[81].

---

[77] Padilla, *ob. cit.*, p. 380.

[78] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 118-120.

[79] Lasarte, *ob. cit.*, p. 142.

[80] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 135.

[81] Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, p. 192; Puig I Ferriol, *ob. cit.*, pp. 267 y 268.

5.1. *Caso de la obligación a término convencionalmente establecido para cumplirla*. Indica el citado artículo 1269 CC: *"Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención. Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, únicamente ocho días después del requerimiento. Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente"*.

El código recoge el adagio *dies interpella pro homine*, esto es, el día interpela por el hombre. Se indica que los requisitos para que opere la regla supone que se trate de un *término cierto, expreso y establecido en interés del deudor*. Algunos agregan que se trate de una deuda domiciliada en el domicilio del acreedor. De tal suerte que no se precisa requerimiento cuando la obligación está sometida a término cierto, pues el "*día interpela por el hombre*".

El término cierto supone la "certeza" a diferencia del término incierto que se sabe que llegará pero no cuando. El término cierto implica una fecha precisa: 3 de diciembre de 2014. Se aclara que bien podría tratarse de fecha móviles como por ejemplo martes de carnaval o viernes santo de tal año.

El término expreso es aquel que se indica sin lugar a duda en el contrato, se opone al término tácito al que se refiere el artículo 1212 CC. Debe darse el mismo tratamiento a las obligaciones contractuales y a las legales que aluden a un término expreso en que el deudor debe pagar sin más dilaciones vencido el término.

Debe tratarse de un término establecido en interés del deudor. Recordemos que es lo normal que el término exista en su beneficio. Al vencimiento del cual el deudor sabe que el acreedor está a la espera inmediata del pago. Distinto sería el caso de que el plazo se establezca en interés del acreedor o de ambos (acreedor y deudor) en cuyo caso el acreedor debería manifestarle al deudor su requerimiento. Es el caso, por ejemplo, del préstamo a interés en que el acreedor está interesado en percibir el interés.

Finalmente, algunos añaden como cuarto requisito que se trata de una deuda que deba cumplirse en el domicilio del acreedor, es decir de una deuda domiciliada. Si el pago debiera hacerse en el domicilio del deudor y el acreedor no lo hace no puede imputarse al deudor culpa en el retardo. Pero sí acontece lo contrario: si se ha estipulado que el deudor debe trasladarse al domicilio del acreedor para el pago y el deudor no lo hace ha de imputársele negligencia culposa en el cumplimiento de la obligación[82]. Por su parte, Bernad Mainar acertadamente considera que la regla aplica tanto como si se ha dispuesto el pago en el domicilio del acreedor como del

[82] Véase: Lagrange, *Apuntes*...; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 119. Véase curiosamente: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 142, del análisis del artículo 1269 se desprende que el único caso en que el acreedor no necesita interpelar al deudor es cuando la obligación está sometida a término cierto y debe cumplirse en el domicilio del *deudor* y éste no fallezca antes de sus vencimiento (destacado nuestro).

deudor, toda vez que la norma no hace especificaciones en este sentido y una interpretación distinta le haría perder eficacia a la norma y reduciría notablemente el ámbito de aplicación del supuesto[83].

5.2. *Caso en el que se haya estipulado expresamente que el deudor quedará constituido en mora al vencimiento sin que en ninguna situación deba hacerse el requerimiento.* No es necesario el requerimiento para que el deudor se constituya en mora cuando en el contrato se haya estipulado de manera expresa que el deudor quedará constituido en mora al simple vencimiento de la obligación, sin necesidad alguna de que se practique requerimiento alguno. Se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad en materia de mora.

5.3. *Caso en que la deuda derive de un hecho ilícito.* La doctrina admite no obstante la inexistencia de norma legal al respecto que no se precisa requerimiento ante la deuda derivada de un hecho ilícito extracontractual. Ello por aplicación de la norma general del artículo 1185 CC que establece el deber o principio general de no dañar a los demás. Por lo que quien incurre en un ilícito extracontractual está en la necesidad de reparar el daño de inmediato. Y la obligación en ese caso es una obligación de valor en el sentido de que debe restaurar el equilibrio en el patrimonio del deudor; el valor del daño no se juzga o valora al momento del daño sino al momento en que la indemnización ha de ser pagada.

Se afirma así, a propósito de la responsabilidad moratoria en obligaciones extracontractuales[84], que se incurre en ella desde la comisión misma del hecho ilícito[85].

5.4. *Caso de la llamada "mora del ladrón"*[86]
No es necesario el requerimiento para constituir en mora al deudor en la denominada "mora del ladrón". Entendiendo ladrón como aquel que sustrae ilícitamente una cosa y por consiguiente está en la obligación de devolverla puesto que se ha apoderado de ella sin el consentimiento del dueño. Al efecto indica en su parte final el artículo 1344 CC: "*...De cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído de restituir su valor*".

De manera que encontrándose la cosa en manos del ladrón, si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor debe pagar el equivalente monetario. Por lo que la norma consagra respecto del ladrón una solución más rigurosa

[83] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 185; Matías Brodsky, *ob. cit.*, p. 23, no cabe al intérprete distinguir allí donde el legislador no lo hizo, que el lugar de pago sea el domicilio del deudor no afectará la aplicación del sistema de constitución en mora que corresponda según el caso.

[84] Véase: Padilla, *ob. cit.*, pp. 301-322.

[85] *Ibid.*, pp. 310 y 313, los intereses compensatorios aluden al daño que resarce y el moratorio a la etiología del delito.

[86] Véase: Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 159, Si la obligación está fundada en delito o falta, el deudor no se libera por la imposibilidad, sino sólo por el pago o cumplimiento: supone el traslado de los riesgos.

que respecto al simple deudor pues el deudor en mora tiene la posibilidad de demostrar que la cosa igualmente hubiere perecido en manos del acreedor, en cuyo caso el deudor queda exonerado de la obligación de reparar. Mientras que si el deudor es además ladrón, se encuentra en la hipótesis del artículo 1344, párrafo 4 y esa prueba liberatoria no le es admitida.

5.5. *Obligaciones recíprocas o sinalagmáticas*

Otro caso en que no es necesaria tampoco la intimación o requerimiento, según indica la doctrina extranjera, es en el supuesto de las obligaciones recíprocas, esto es, aquellas en que ambas partes son a la vez deudor y acreedor en virtud de un mismo nexo contractual. Por ejemplo, en materia del contrato de compraventa. Desde que uno de los obligados cumple con su obligación empieza la mora del otro[87]. Es la denominada por la doctrina española "mora automática"[88]. Otro sector de la doctrina española considera que si ninguna de las partes ha cumplido su obligación, cualquiera de las partes puede constituir a la otra en mora con la interpelación[89]. Pero resulta más cónsono el criterio según el cual en tal caso la mora precisa el cumplimiento de la otra parte, porque lo contrario dejaría al simple requerimiento de uno o de ambos cuando precisamente "ninguno" ha cumplido.

5.6. *Caso en que el deudor admite que está en mora*

Se admite que tampoco se precisa la figura en estudio cuando el propio deudor admite el retardo culposo de la obligación. Así se aprecia sentencia que señala que "cuando el deudor reconoce que estaba en mora, no es necesario hacer la interpelación"[90]. Y reseña otra decisión judicial: "aprecia esta Jurisdicente que la demandada aceptó haber incurrido en mora al confesar espontáneamente"[91].

5.7. *Disposiciones análogas* (casos en que la ley lo determine[92])

Existen disposiciones análogas en la ley, si bien no idénticas en sus presupuestos y consecuencias: artículo 1758 CC en materia de depósito; artículo 1727 ord. 1º en materia de comodato; artículo 1655 CC en materia de sociedad; artículos 1180 y 1181 CC en materia de pago de lo indebido.

---

87 Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 122; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 194, para que uno de los deudores incurra en mora se precisa que el otro cumpla.

88 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 214.

89 Puig i Ferriol, *ob. cit.*, p. 269.

90 Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 20-6-12, Exp. 03280 , http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2012/junio/498-20-Exp.3280-1761.html.

91 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-2-10, 44121, http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/FEBRERO/512-10-44121-077.HTML "(…) y fui cumpliendo mes por mes con la referida obligación, durante el año 2007 cancelé todas las cuotas y en el año 2008 tuve un retardo en el pago de dos cuotas, pero fui cancelando y poniéndome al día con las mismas." Motivo por el cual, se desecha el argumento que versa sobre la interpelación por no tener asidero jurídico alguno y así se decide.

92 Lagrange, *Apuntes…*; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 193.

En tales disposiciones se aprecia que no hay necesidad de requerimiento para que el deudor quede constituido en mora; el deudor que retiene la cosa contra la voluntad del acreedor que está en mora, sin necesidad de intimación, implica en si un retardo culposo la no devolución.

Se aprecia decisión que señala –como es lógico– que no se precisa interpelación en materia tributaria[93].

6. Efectos de la mora

6.1. *El resarcimiento del daño por el retardo: el interés legal*
La mora es una institución jurídica fundamental del Derecho de la responsabilidad civil,[94] por lo que media el deber de resarcir el daño[95]. Recordemos que para algunos la mora no es más que una especie de la responsabilidad civil derivada del retraso[96], una variedad de dicha responsabilidad[97]: mora es el apellido y el nombre es responsabilidad civil[98]. A pesar de la mora, el deudor continúa obligado a cumplir la prestación y además a indemnizar al acreedor de los daños originados por ésta[99]. De allí que se aluda a "daños moratorios"[100].

Dispone el artículo 1271 CC: "*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*". La norma alude a "daños y perjuicios". La doctrina distingue entre daños y perjuicios moratorios y compensatorios, según deriven de la mora o de la inejecución respectivamente. La norma citada se refiere a daños moratorios. El acreedor tiene a su cargo la prueba del daño pues ello es un principio derivado de la responsabilidad civil, la cual puede haber sido previamente establecida en una cantidad de dinero mediante una cláusula penal o de arras[101].

En materia de obligaciones de dinero agrega el artículo 1277 CC a propósito de los intereses "moratorios"[102]: "*A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés*

[93] Véase: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario, en Caracas, Sent. 5-8-14, Exp. AP41-U-2010-000167, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/AGOSTO/2099-5-AP41-U-2010-000167-2164.HTML.

[94] Matías Brodsky, *ob. cit.*, p. 7.

[95] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 436.

[96] Padilla, *ob. cit.*, p. 54.

[97] *Ibid.*, p. 2.

[98] *Ibid.*, p. 55

[99] Larenz, *ob. cit.*, pp. 349 y 350.

[100] Véase: Padilla, *ob. cit.*, pp. 151-180; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 617, la mora hace correr los daños y perjuicios moratorios.

[101] Lagrange, *Apuntes*...

[102] Puig I Ferriol, *ob. cit.*, p. 269.

legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños desde el día de la mora sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida". Se trata del interés moratorio[103] que acontece por la falta de cumplimiento puntual de la obligación dineraria[104]. La norma alude al pago del interés legal, ello a falta de convenio por lo que se trata de una norma dispositiva, por lo que las partes podrían pactar un interés moratorio que descartaría la aplicación del artículo citado. Pero cabe recordar que el interés convencional no puede coexistir con la indexación.

Se afirma que el interés moratorio se debe aunque no se haya pactado[105]. El interés legal es del 3% a tener del artículo 1746 CC. La norma del artículo 1277 CC deja a salvo disposiciones especiales como sería el caso –según refiere Lagrange– del 1655 CC en materia de sociedad, el artículo 1821 CC en materia de fianza, el artículo 108 del CCom. que establece en un interés legal del 12% o el artículo 456 del CCom. que establece un interés legal del 5% en caso de letra de cambio. Por otra parte se citan casos de intereses sin mora: artículo 108 CCom., artículo 929 del CC (legado), art. 1095 CC (colación), art. 1529 CC (venta), art. 1176 CC (gestión de negocios) y art. 1701 CC (mandato).

6.2. *La indexación de las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero* (artículo 1.737 CC)[106]

Indicaba Lagrange en torno a las deudas de dinero y la posibilidad de *daño mayor* que la doctrina tradicional a propósito del artículo 1277 CC que la indemnización allí prevista es una indemnización fija que constituye a la vez el mínimo y el máximo de lo que el acreedor tiene derecho a exigir[107]. Otros no descartan que el acreedor pueda probar un daño mayor como parte de la regla general de la responsabilidad civil relativa a la integridad del resarcimiento. La doctrina ubicaba en tal supuesto la posibilidad de indexación, pues se pretende sostener que el daño mayor no se corresponde necesariamente con la corrección monetaria[108]. Pero según tuvimos oportunidad de explicar, somos del criterio que la indexación constituye un efecto automático de las obligaciones de dinero que por efecto de la mora se convierte en obligaciones de valor. Efecto distinto al interés legal y que coexiste con éste (mas no con el convencional a fin de no configurar una doble indemnización).

[103] Padilla, *ob. cit.*, pp. 65-103.

[104] *Ibid.*, p. 41.

[105] Barbero, Ariel Emilio, *ob. cit.*, p. 19.

[106] Véase *supra* tema 5.6.

[107] Véase: Lagrange, Enrique: *Retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda*. En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello Nº 49, 1994, pp. 231-312, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/49/UCAB_1994_49_312-229.pdf el retardo en el cumplimiento es susceptible de causar al acreedor *daños mayores* que el perjuicio moratorio (p. 307). La depreciación de la moneda no constituye en sí misma un daño resarcible (*ibid.*, p. 308).

[108] Véase resumen en este sentido: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 186-196.

Al efecto indica Nikken que no es indispensable una reforma legislativa del artículo 1277 del CC para cimentar dentro del régimen jurídico de la mora una solución que descarte los efectos perniciosos de la interpretación inflexible de dicha norma. En efecto, pretender que las consecuencias lesivas de la mora se limitan al interés legal tropieza con el claro y sólido principio jurídico como lo es que la mora pone a cargo del deudor las consecuencias del deterioro de la cosa. Si la esencia de lo debido como es el poder adquisitivo real de la suma adeudada se desvanece en manos del deudor moroso, es contrario a ese principio y a la justicia más elemental que se cierre al acreedor la posibilidad de acceder a una compensación mayor[109]. El deterioro del valor real de la moneda ocurrido mientras el deudor está en mora representa un daño para el acreedor, que como consecuencia del incumplimiento del deudor, se traduce en el deterioro de la cualidad esencial de la cosa, su poder adquisitivo. El restablecimiento de la situación jurídica económica infringida no puede alcanzarse sino a través de la corrección monetaria[110]. Demostrar que en tiempo de inflación una suma de dinero no sería deteriorada como consecuencia de aquel fenómeno sería virtualmente una prueba imposible[111]. De allí el carácter de hecho notorio que se le atribuyó a la inflación.

Salvo que se pacte otra cosa por aplicación de la autonomía de la voluntad, las obligaciones de dinero por efecto de la mora generan a partir de ésta, interés legal y la corrección monetaria o indexación. Pues vale recordar que el artículo 1737 CC impone el entregar la misma cantidad numéricamente considerada cuando no se ha incurrido en mora.

Pudieran derivarse en forma autónoma daños y perjuicios cuya reparación podría pretender el acreedor, lo que ciertamente debe ser objeto de prueba[112], pues se afirma que "si el retardo no ha causado daño no habrá mora"[113].

6.3. *Traslación de los riesgos (perpetuatio obligationis*[114]*)*

El otro importante efecto que produce la mora es la traslación de los riesgos al deudor, esto es, a partir de la mora, el deudor corre con los riesgos

---

[109] Nikken, Pedro: *Mora e inflación.* En: Revista de Derecho Público Nº 43, 1990, p. 19.www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../rdpub_1990_43_17-24.pd.

[110] *Ibid.*, p. 22, el reajuste monetario no debe tomar en cuenta salvo pacto en contrario la depreciación ocurrida entre el nacimiento de la obligación y su exigibilidad porque ello afectaría el principio nominalista. Pero en cambio, una vez exigible la obligación y constituido el deudor en mora sí debe tenerse presente la erosión monetaria en cuanto a la percepción por el acreedor de sumas progresivamente envilecidas por la inflación.

[111] *Ibid.*, p. 23.

[112] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 26-4-05, Exp. KP02-V-2003-002179, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/ABRIL/652-26-KP02-V-2003-2179-.HTML "alegado como fue por el actor, haber sufrido daños y perjuicios como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los deudores o cumplimiento tardío, lo cual fue negado en la contestación de la demanda, la prueba de los daños y perjuicios corresponde al demandante. Así se decide".

[113] Padilla, *ob. cit.*, p. 156.

[114] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 436 y 437.

derivados del perecimiento de la cosa o de la imposibilidad sobrevenida de incumplimiento total o parcial. Se afirma que la mora perpetúa la obligación de cumplir (mora *perpetua obligacione*). La llamada "*perpetuatio obligationis*"[115] supone que producida la pérdida de la cosa en poder del deudor que se halla en mora no se produce su liberación, sino que se transforma en un deber de reparación de daños y perjuicios[116]. La mora hace responder por los riesgos y perecimiento, puede dar lugar a la excepción de incumplimiento; debe soportar el deudor el riesgo de una excesiva onerosidad[117].

Al efecto indica el artículo 1344 CC "*Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído de restituir su valor*".

De la norma se deriva que si la imposibilidad de la prestación acaece antes de la mora el riesgo ha de caer en cabeza del acreedor. Si bien la norma se refiere a un cuerpo cierto, la solución hay que generalizarla; la imposibilidad de cumplir ajena a la culpa del deudor lo libera siempre que opere antes de la mora. Sin embargo, indicamos que a diferencia de la mora del ladrón, el deudor podría liberarse probando que la cosa hubiera perecido igualmente en manos del acreedor. Se coloca el ejemplo del animal que padecía una enfermedad fatal.

Se ha pretendido aludir a la "mora beneficiosa" para denotar que la mora pudiera favorecer al acreedor precisamente porque produce la *perpetuatio obligationis*, y traslada los riesgos del perecimiento al deudor. Pero se afirma que mal puede verse en tal aspecto propiamente un efecto "beneficioso" para el acreedor, toda vez que carece de entidad para borrar los efectos del estado moratorio[118].

Otro efecto, según tuvimos oportunidad de apreciar en el tema correspondiente, en forma semejante a lo que acontece con la causa extraña no imputable, la mora supone la *pérdida de la facultad de invocar la onerosidad excesiva*[119].

---

[115] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 124, consiste en la transferencia al deudor del riesgo de perecimiento de la cosa.

[116] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 136: Puig I Fullol y otros, *ob. cit.*, p. 313.

[117] Véase: Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 168.

[118] Padilla, *ob. cit.*, pp. 159 y 160.

[119] *Ibid.*, p. 480.

7. Cesación de la mora[120]

Cabe preguntarse cuando termina, culmina o cesa la mora: se trata de la denominada purga de la mora[121], la cual acontece cuando el deudor realiza íntegramente la prestación y resarce el daño producida por esta[122]. Aspecto básico dado los importantes efectos de la misma (pago de intereses, indexación y traslación de los riesgos). Es importante saber en qué momento cesan esos efectos.

El CC no regula expresamente la purga de la mora pero la doctrina indica que la mora cesa en los siguientes casos:

7.1. En caso de que el acreedor conceda al deudor una prórroga para pagar, mientras ese término no venza no se está en mora.

7.2. En caso de que la prórroga no provenga del acreedor sino de la ley. Lo que se conoce como moratoria. Lo cual refiere Lagrange aconteció mediante una ley especial con ocasión del terremoto de Caracas de 1967 en el caso de créditos hipotecarios, no obstante que cuantitativamente no fue un evento significativo.

7.3. En el supuesto en que el acreedor renuncia a hacer valer ante el deudor los efectos de la mora.

7.4. En el caso de que el deudor cumple su obligación u ofrece cumplirla pagando simultáneamente el resarcimiento de los daños causados por el retardo culposo en cumplir.

7.5. Finalmente, cesa la mora del deudor cuando el mismo acreedor incurre en mora, esto es, cuando acontece la denominada mora del acreedor.

8. La mora del acreedor[123]

8.1. *Noción*[124]

La mora del deudor es la mora típica o la mora por antonomasia, pero la mora es trasladable al acreedor cuando media negativa injustificada a

[120] Véase: *ibid.,* pp. 529-550.

[121] *La purga o extinción de la mora* supone la cesación de ésta y acontece cuando se cumple la obligación; por la renuncia a la mora ya sea por nuevo plazo o por novación, por prescripción, por mora del acreedor, por declaratoria sin lugar de la acción judicial.

[122] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 437.

[123] Véase: Osterling Parodi, Felipe y Alfonso Rebaza González: *Mora del acreedor: Fundamentos y alcances sobre los mecanismos de liberación*, pp. 1-21, http://www.**osterling**firm.com/Documentos/.../**Mora**%20del%20**acreedor**.pdf; Moisset de Espanés, Luis: *Mora del acreedor y pago por consignación* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-12, www.acaderc.org.ar; Alferillo, Pascual E.: *La mora del acreedor y el curso de los intereses.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar; Moisset de Espanés, Luis: *Diferencias entre mora del acreedor y pago por consignación.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-20, www.acaderc.org.ar; Padilla, *ob. cit.*, pp. 551-616; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 114 y 115; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 171 y 172; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 159-168; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, pp. 431y 432; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 295-299; Cazeaux, *ob. cit.*, pp. 116-121.

[124] Mora del acreedor o *mora creditoris* es el retraso o negativa del acreedor a recibir la prestación. Es posible en aquellas obligaciones que precisen de su colaboración. Su efecto más importante es la posibilidad de consignación.

aceptar el cumplimiento[125]. La mora del acreedor (mora *credendi* o mora *accipiendi*)[126] por oposición a la mora del deudor (mora *devenid*) acontece cuando el acreedor se niega a recibir el pago. Así pues, la condición de "moroso" no sólo es predicable o exclusiva del deudor, sino que tal calificativo es igualmente atribuible al acreedor. Y toma como base una situación de incumplimiento, no imputable al deudor[127].

Es obvio que el deudor no solo debe cumplir sino que tiene interés en hacerlo por los efectos liberatorios y extintivos del cumplimiento. Pero si el acreedor frustra ese cumplimiento es él quien incurre en mora y la ley ha de proteger al deudor, porque si no puede proveer una prueba al efecto se le va a considerar en mora al deudor.

El acreedor tiene determinados deberes de comportamiento que *no* son enteramente discrecionales sino que funcionan como cargas. Se trata de dictados de la buena fe e imperativos de lealtad que le exigen receptividad o colaboración positiva[128].

8.2. *Requisitos*[129]

Entre los requisitos necesarios para que opere la mora del acreedor se ubica

- Que se trate de una obligación vencida, esto es, exigible. Mal podría el acreedor recibir algo a lo que no está obligado.
- Que el deudor realice todo lo necesario para cumplir. Esto es que ofrezca el pago de la obligación.
- Que el acreedor se niegue injustificadamente a recibir el pago de la prestación o de alguna manera dificulte su cumplimiento. Sabemos que generalmente se precisa la colaboración del acreedor para que sea factible el pago.

8.3. *Constitución*

¿Qué es necesario para que el acreedor quede constituido en mora? Algunos pretenden que se acuda al procedimiento de oferta real y depósito subsiguiente de art. 1306 y ss. del CC. Pero la verdad es que ello no puede sostenerse de una forma tajante, porque entre otras cosas, dicho artículo se limita a los casos que tiene por objeto obligaciones de dar una cosa. Y el propio CC contiene disposiciones que permiten sostener la mora del acreedor sin acudir a dicho procedimiento especial como es el caso del artículo 1634 CC.

Por lo que aplicando las ideas de la mora del deudor será suficiente que el deudor acredite que ha hecho lo necesario por cumplir y el acreedor no

---

125 OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 123.

126 Véase: LARENZ, *ob. cit.*, pp. 374-390.

127 VAQUER ALOY, *El ofrecimiento...*, p. 128.

128 PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 295 y 296.

129 *Ibid.*, p. 297.

ha recibido el pago. Vale recordar que será recomendable acudir a los fines probatorios a la forma de notificación establecida en el artículo 936 CPC.

8.4. *Efectos*[130]

Entre los efectos de la mora del acreedor vale citar:

- La mora del acreedor descarta o purga la mora del deudor. Esto es, impide que el deudor incurra a su vez en mora[131].
- La mora del acreedor hace pesar sobre cabeza de éste los riesgos de la imposibilidad de la prestación. Por lo que la traslación de los riesgos ya no recaerá sobre el deudor, como lo da a entender el artículo 1634 CC.
- La posibilidad de acudir al procedimiento de oferta real[132] y depósito subsiguiente (CC, arts. 1306 y ss.) en caso de obligaciones que tengan por objeto una cosa.
- La imposibilidad de alegar la teoría de imprevisión[133].
- El deudor no se no se ve afectado por la inflación de la cantidad debida[134].

8.5. *Disposiciones*

Cabe citar lo relativo a la oferta real y depósito subsiguiente (CC, arts. 1306 y ss.) y 819 y ss. del CPC. El art. 1217 CC parte final relativo a la obligación alternativa. El art. 1634 CC relativo al contrato de obra. En el CCom los arts. 141, 142, 146, 149, 181, 182, 197, 199 y 450 –según refería Lagrange–.

---

[130] Véase: Padilla, *ob. cit.*, pp. 599-612.

[131] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 298.

[132] Padilla, *ob. cit.*, pp. 586-599.

[133] *Ibid.*, p. 603, Incluye la imposibilidad de alegar la onerosidad excesiva. Que según vimos para algunos aplica igualmente al acreedor.

[134] *Ibid.*, p. 607.

TEMA 10
Efectos del Incumplimiento Voluntario: La Responsabilidad Civil Contractual del Deudor[1]

SUMARIO*: 1. Generalidades 2. Requisitos de la responsabilidad contractual. 2.1. Que no proceda –en principio– la ejecución forzosa en forma específica 2.2. Que exista un incumplimiento culpable de la obligación 2.3. Que exista un daño resarcible 2.4. Que exista una relación de causa a efecto entre el incumplimiento culpable de la obligación y el daño sobrevenido (relación de causalidad)*

1. Generalidades

Desde el punto de vista general los efectos del incumplimiento culposo están determinados en los artículos 1264 y 1271 CC. Su efecto básico es el *cumplimiento forzoso*, ya sea en especie, o en su defecto, el cumplimiento forzoso por equivalente. El deudor tiene el deber de cumplir su obligación aunque sea coactivamente con el auxilio de la justicia. En cuanto al cumplimiento forzoso en especie deben considerarse los arts. 1264 y 1291 CC, mediante los cuales el acreedor puede solicitar daños y perjuicios *moratorios*, causado por el retardo culposo en el incumplimiento, pero no pueden acumularse al cumplimiento forzoso por equivalente. Y aunque no exista daño el acreedor siempre tiene derecho a satisfacer su interés a través del cumplimiento forzoso en especie, sólo si éste no es posible es que puede pedir el de por equivalente, aunque se aboga modernamente por el carácter no absoluto de la prioridad del cumplimiento *in natura*. Los daños *compensatorios* no son acumulables al cumplimiento en especie, sólo pueden pedirse en caso de incumplimiento definitivo y no proceden en el mero retardo[2]. Cuando el deudor es responsable de daños y perjuicios se afirma que incurre en responsabilidad civil[3].

---

[1] La presente tesis está inspirada fundamentalmente en las clases del profesor Enrique Lagrange (*Apuntes*...). Véase sobre el tema: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 124-184; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 206 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 241 y ss; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 381-412; Larenz, *ob. cit.*, pp. 279 y ss.; Rodríguez Matos, *Notas...*, pp. 451-473; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 271-282; Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 453-468; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 111-124; Mélich Orsini, José: *La responsabilidad contractual.* En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 148, enero-junio 1991; Pizarro Wilson, Carlos: *La influencia del Code en el Derecho de Obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?* En: "Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños". Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 121-135; Pizarro Wilson, Carlos: *Responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 299-311; Pinto Oliveros, Sheraldine: «A propósito de la responsabilidad contractual» en AA.VV., *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas Roma y América, Cuarta reunión de trabajo, Encuentro de Lima*, Morales Hervias, R., y Priori Posada, G. (ed), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 283-305; Tapias Rocha, Hernando: *La acción de responsabilidad contractual.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 225-246.

[2] Lagrange, *Apuntes*...

[3] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 559.

Todo el que ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo. Se trata de la obligación de reparar daños y perjuicios. Es una situación eminentemente patrimonial o económica en virtud de la cual quien propicia un perjuicio a otra persona, no puede quedar indemne en su agresión.

La responsabilidad civil supone la "situación jurídica en virtud de la cual se está en la obligación de responder patrimonial o pecuniariamente en razón de haberle causado un daño a otro. Se alude a la respectiva indemnización por daños y perjuicios. Puede tener origen contractual o extracontractual; en el primer caso, se presenta como el efecto inmediato del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato; en el segundo supuesto, esto es, la responsabilidad civil extracontractual, tiene lugar por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato o de ninguna convención entre agente y víctima (fuentes de las obligaciones distintas al contrato)"[4].

La idea que fundamentalmente cobija la responsabilidad civil es la reparación del daño, aunque no ha faltado quien considere que pudiera también presentar un sentido preventivo[5]. Sin embargo, la doctrina se inclina por una nueva reestructuración de la responsabilidad civil entendiendo una única noción por no existir diferencia fundamental entre las dos especies de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), pues ambas precisan los mismos requisitos[6].

La obligación de reparar el daño es su contenido aunque no en el sentido de eliminarlo de la realidad, sino una prestación que compense a la víctima el daño sufrido. Tiene por finalidad reparar y no castigar y la acción es de carácter privado. El daño debe ser demostrado por la víctima[7].

La responsabilidad civil presenta diferencias con la penal[8], pues aquella persigue imponer una pena o castigo, procede generalmente de oficio, es

[4] Domínguez Guillén, *Diccionario...*, pp. 147 y 148.

[5] Véase *supra* tema 1.7.10.2.

[6] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 132. Véase *infra* tema 13.1.

[7] *Ibid.*, pp. 168-171, aunque hay casos que no tiene que probar el daño y se cita como ejemplo el pago del interés legal del 3% del artículo 1277 CC. Hay leyes especiales que fijan monto de daño, como es el caso del transporte aéreo.

[8] Véase: López Beltrán de Heredia, Carmen: *Efectos Civiles del delito y responsabilidad extracontratual.* Valencia-España, Tirant Lo Blach, Colección Privado 11, 1997; Tamayo Rodríguez, José Luis: *La responsabilidad civil derivada del delito, con especial referencia a su tratamiento en la reforma del Código Penal.* En: Relación Criminológica Nº 11. Valencia, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas, 2003, pp. 19-49; Tamayo Rodríguez, José Luis: *La responsabilidad civil derivada de delito, con especial referencia a su tratamiento en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal del TSJ.* En: *Anteproyecto Código Penal. Comentarios.* Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Serie Normativa Nº 5, 2004, pp. 769-821; Chiossone, Tulio: *Unificación del concepto de responsabilidad civil ex delicto y por hecho ilícitos.* En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo I, pp. 297-340; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 619-621; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 542-544; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 29 y 30; Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 192-195; CSJ/Sala Plena, Sent. 29-6-99, OPT, junio 1999, p. 614 según el Código Penal toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta lo es también civilmente.

siempre personal o por hecho propio y es determinada por el tipo de culpa del autor del delito. La doctrina ha estudiado la diferencia entre responsabilidad civil y la responsabilidad penal en cuanto a su naturaleza, sanción, autonomía, tipificación, modo de apreciar la culpa, el modo de graduar la culpa y el carácter personalísimo de la responsabilidad penal (no procede la responsabilidad por hecho ajeno), entre otros[9]. Si bien la responsabilidad civil puede derivarse de una sentencia penal, tal conclusión no ha de ser radical, pues es obvio que también puede existir independientemente[10]. No existe carácter vinculante o dependencia de la materia civil respecto de la materia penal[11]. Los actos ilícitos por tanto pueden ser ora de carácter puramente civil, ora de naturaleza penal. Estos últimos son considerados delitos o faltas en atención a su gravedad y a la lesión no sólo de bienes patrimoniales de terceras personas, sino en cuanto infringen o alteran el orden público. El ordenamiento jurídico, en consecuencia tipifica y sanciona las conductas delictivas con medios propios y específicos de la legislación penal, básicamente a través de privación de libertad, entre otras sanciones[12].

2. Requisitos de la responsabilidad contractual[13]

Por responsabilidad contractual entendemos la obligación de reparación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación contractual, de conformidad con los artículos 1264 y 1271 CC[14]. Entre sus requisitos la doctrina[15] ubica:

2.1. Que no proceda la ejecución forzosa en forma específica. Aun cuando según referimos modernamente se considera que la prioridad de la ejecución específica no tiene carácter absoluto[16].

2.2. Que exista un incumplimiento culpable de la obligación (*culpa*)[17].

2.3. Que exista un daño resarcible (*daño*).

2.4. Que exista una relación de causa a efecto entre el incumplimiento culpable de la obligación y el daño sobrevenido (*relación de causalidad*).

---

[9] Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*..., 1995, T. I, pp. 225-275; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 542 y 543.

[10] TSJ/SCC, Sent. Nº 125 del 11-3-14, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/161836-RC.000125-11314-2014-13-551.html.

[11] Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 6-7-06, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/julio/1553-6-23933-243.html ; J.R.G., T. 132, CSJ/Cas. Sent. 7-12-94, pp. 497 y 498, la decisión de la jurisdicción penal de tránsito que absuelve al conductor no causa cosa juzgada en materia civil.

[12] Lasarte, *Derecho*..., p. 258.

[13] Véase: Tapias Rocha, *ob. cit.*, pp. 230-243.

[14] Rodríguez Matos, *Notas*..., p. 453.

[15] Lagrange, *Apuntes*...

[16] Véase *supra* tema 6, consideraciones de Annicchiarico y de Pizarro.

[17] Tapias Rocha, *ob. cit.*, pp. 230-234, alude a "incumplimiento imputable al deudor", la violación o el incumplimiento de la obligación nacida de un contrato puede tener lugar intencionalmente o por culpa.

Maduro Luyando agrega el incumplimiento[18], pero el mismo está implícito cuando se alude a "incumplimiento culpable" pues veremos que la culpa contractual se presume del incumplimiento. Por lo que los elementos o requisitos son comunes a la responsabilidad extracontractual, a saber, daño, culpa y relación de causalidad[19], y son concurrentes[20].

Se alude en forma obvia a la existencia de un contrato[21], el incumplimiento de la obligación, que los daños y perjuicios los haya causado una parte a la otra, el incumplimiento culposo y que no exista posibilidad de cumplimiento natural de la obligación, toda vez que es de carácter subsidiario aunque esto último es susceptible de crítica. Mélich alude a la naturaleza contractual de la obligación violada[22], la especificidad del daño contractual[23] y finalmente a los elementos de la responsabilidad contractual[24]. Veamos cada uno de los requisitos:

2.1. *Que no proceda –en principio– la ejecución forzosa en forma específica* (véase *supra* tema 6).

2.2. *Que exista un incumplimiento culpable de la obligación*

2.2.1. *La culpa*[25]

Se alude a incumplimiento voluntario o culposo[26]. La culpa es la inejecución de la obligación por causa imputable al deudor. A propósito de ello debe distinguirse si el incumplimiento se deriva de dolo o más bien de culpa en sentido estricto. Se alude así a las "dos formas en las que puede presentarse la culpabilidad", esto es, a través del dolo o culpa[27].

a. *El dolo o culpa intencional*[28]: Incumplimiento culpable de la obligación es aquel que depende de la voluntad del deudor, en sentido amplio, se habla de incumplimiento culpable o culposo, tanto para referirse al que proviene

---

[18] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 140 y 141.

[19] Véase señalando tales: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 31; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 212-225.

[20] Véase: Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-5-13, Exp. AP71-R-2012-000725/6.428, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/mayo/2147-20-AP71-R-2012-000725-6.428-13.html .

[21] Véase: Rodríguez Matos, *Notas...*, pp. 453-468.

[22] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 469 y 470.

[23] Véase: *ibid.*, pp. 471-474.

[24] Véase: *ibid.*, pp. 474-521.

[25] Véase: Visintini, Giovanna: *Tratado de la responsabilidad civil. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Incumplimiento y responsabilidad del deudor. Culpa aquiliana y culpa contractual. La culpa profesional. El dolo.* Buenos Aires, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999. Vol. 1, Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 428-440; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 782-785.

[26] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 94-108; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 85-90; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 176 y 177.

[27] Visintini, *Tratado...*, Vol. 1, p. 47, se trata de dos formas autónomas que estructuralmente, no tienen nada en común.

[28] Véase: Larenz, *ob. cit.*, pp. 284-286; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 117-120.

de dolo como al que proviene de culpa. En un sentido amplio la actuación culpable incluye tanto la "intención" como "la negligencia"[29]. "Hay infracción dolosa de los deberes dimanantes de la relación obligatoria cuando el deudor se representa el resultado de su acción y sin embargo lo admite, aun conociendo la infracción de sus obligaciones que aquel resultado supone"[30]. El dolo es la acción u omisión con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico[31]. Por su parte, la culpa es la inejecución de un deber. Es la falta u omisión de diligencia[32]. Diversas clases de culpa (de hacer o no hacer), según su contenido puede ser intencional o dolosa o propiamente culposa por imprudencia o negligencia. La culpa lata o culpa en general comprende el dolo y también la culpa simple. En tanto que la culpa *strictu sensu* excluye los actos dolosos. Según su gradación la culpa propiamente dicha puede ser grave, leve, levísima. La culpa negativa es asociada a la negligencia; imprudencia supone una actividad que no se debía realizar.

El dolo es la llamada culpa intencional, es el elemento subjetivo que anima la actuación del deudor a incumplir su obligación. Hay otro sentido de la palabra dolo que es el utilizado por el artículo 1154 del CC, a saber, como vicio del consentimiento en la formación del contrato.

El dolo implica un elemento intelectual; la conciencia. Y un elemento volitivo, referido a la voluntad de violar el derecho del acreedor. Lo que no requiere es el llamado *animus nocendi,* esto es, la intención de dañar. Es suficiente con que tenga la conciencia de que su actuación ocasionará daño al acreedor o que se lo represente como dañoso, y a pesar de eso observe el comportamiento del cual se derive el daño al acreedor.

El dolo es tratado por la ley con mayor rigor que la culpa; la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso es más amplia que la derivada del incumplimiento culposo. El dolo determina una responsabilidad que se extiende a daños previstos y aun hasta daños imprevisibles para el tiempo de la contratación de la obligación. Mientras que cuando el incumplimiento es culposo simplemente la responsabilidad del deudor se limita a los daños previstos o que han podido preverse al momento de contraer la obligación, salvo que provenga de dolo a tenor del artículo 1274 CC, en cuyo caso debe responder hasta por el daño imprevisible. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el artículo 1275 CC pues aunque medie dolo sólo se responde del daño directo.

Por otra parte, es ilícito el pacto mediante el cual se exonere al deudor de la responsabilidad por dolo, esto es, el denominado *pactum de dolo non*

---

[29] PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 478.

[30] LARENZ, *ob. cit.*, p. 284.

[31] ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 176.

[32] *Ibid.*, p. 173.

praestando[33]. Se alude así al carácter inderogable de la responsabilidad por incumplimiento doloso[34]. Porque ese pacto sería contrario al principio de la buena fe que debe presidir tanto la contratación como el cumplimiento de las obligaciones y porque ese pacto atentaría contra la existencia lógica misma del vínculo obligatorio, sería como decir: "me obligo a hacer tal cosa, pero en caso de que no quiera hacerlo no lo haré". Eso no sólo es contrario a la buena fe, sino más grave, eso implica una falta de voluntad de obligarse. La prueba del dolo incumbe al acreedor, la cual podrá tener lugar por cualquier medio.

b. *La culpa contractual*[35]:
La culpa contractual consiste en una acción u omisión voluntaria aunque realizada sin malicia que impide o frustra el normal cumplimiento de la obligación. La culpa se presenta como un error en la conducta por la inobservancia de un deber de diligencia.

El dolo es la intención. En tanto que la culpa constituye un error en la conducta debida bien sea por acción o por omisión[36]. Es el descuido en la diligencia exigible en el tráfico[37]. En sentido amplio hay culpa del deudor cuando el quebrantamiento de la obligación le es imputable[38]. Es la omisión de la correspondiente diligencia[39]. Es la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño[40]. La culpa es pues la falta de diligencia[41].

La culpa implica la voluntariedad de la acción o de la omisión de la que se derivan consecuencias dañosas e implica una imputabilidad al deudor, por no haber sabido prever y evitar las consecuencias dañosas de su acción u omisión. De tal manera que la culpa, en su acepción técnica excluye el dolo; la culpa implica una ilicitud por la falta de diligencia, por negligencia, por imprudencia, por falta de cuidado, por torpeza.

---

[33] Véase: Albaneze, Umberto: *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine,* p. 275, https://books.google.co.ve/books?isbn=8820320576; Muñoz Paredes, Alfonso: *La infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido como conducta equiparable al dolo en la nueva ley del contrato de transporte terrestre de mercancías,* www.uclm.es/actividades/2010/.../pdf/.../AlfonsoMunozParedes.pdf "sería inválido el *pactum de dolo non prestando*".

[34] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 302.

[35] Véase: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en derecho venezolano, comparado con los derechos francés e italiano.* Colección Estudios Jurídicos Nº 59. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *La culpa como condición de la responsabilidad civil extracontractual.* En: Revista de Derecho Privado Nº 7-2, año 7, julio-diciembre 1990, pp. 9-73.

[36] Véase: Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 203, la culpa o culpabilidad en sentido amplio consiste esencialmente en un reproche jurídico dirigido a una persona que no atendió las exigencias de conducta impuestas por el ordenamiento jurídico.

[37] Larenz, *ob. cit.*, p. 286.

[38] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 175.

[39] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 303.

[40] Bustamante Alsina, Jorge: *Responsabilidad Civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de Jurisprudencia.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, T. III, p. 190.

[41] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 438.

La culpa puede haber consistido en un acto positivo, por haber hecho algo que no se debería hacer y entonces se habla de culpa *in faciendo*. O puede, haber consistido en un comportamiento negativo, en una omisión, es decir, en un comportamiento negativo, en un dejar de hacer. Esto es, en un no haber hecho algo que se debía hacer; ésta es la denominada culpa *in non faciendo* o culpa *in omitiendo*[42]. La culpa por omisión acontece cuando un sujeto permanece inactivo ante una situación que habría podido modificar por una intervención de su parte[43]. Así como también se alude a culpa *in vigilando* o *in eligendo*[44], cuando el error en la conducta apunta a la vigilancia o a la selección de nuestra parte. Importante en materia de responsabilidades especiales complejas.

Algunos sostienen que la noción de culpa contractual debe ser sustituida simplemente por el incumplimiento. Es suficiente que la falta de prestación le sea imputable, esto es, que no provenga de una causa extraña[45].

2.2.2. *Grados de culpa*

Los autores del antiguo Derecho francés imaginaron una teoría sobre la gradación de la culpa, que distinguía en primer lugar entre el dolo y la culpa propiamente dicha, y después algunos grados de la culpa propiamente dicha. El dolo lo llamaban culpa intencional o simplemente mala fe y por otra parte, la culpa propiamente dicha. La culpa no intencional, la que es por negligencia, imprudencia, falta de cuidado o torpeza.

A propósito de la culpa propiamente dicha se distinguía en primer lugar la *culpa grave o culpa lata*, que consistía en la mayor injuria, en el grado más elevado de la culpa. Consistía en un comportamiento que anda rozando los límites del dolo. Incurrir en culpa grave consiste en no hacer lo que todos hacen o no entender lo que todos entienden. Y precisamente por la dificultad que en la práctica puede representar el distinguir la culpa lata del dolo existe el adagio *culpa lata dolo aequiparatur*, que significa que la culpa lata se equipara al dolo[46], no porque racionalmente no haya una distinción clara, sino por una consideración de orden práctico: es muy difícil distinguir entre una y otro; cuando una persona incurre en un acto que interpretado con benevolencia implica una negligencia extrema o muy grave; siempre le queda al observador imparcial la duda sobre si en verdad se tratara de una gran injuria, de una gran negligencia o imprudencia o más bien de un dolo disfrazado. Del tratar de disfrazar la mala fe, detrás del comportamiento torpe, es decir, a veces, se hace sumamente difícil distinguir el comportamiento del malvado del comportamiento del imbécil o mentecato[47]. Y con

---

[42] Véase sobre "la culpa por omisión": Visintini, *Tratado...*, Vol. 1, pp. 67-80.

[43] *Ibid.*, p. 74.

[44] Bernad Mainar, *ob. cit.*, p. 215.

[45] Rodríguez Matos, *Notas...*, p. 462.

[46] Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 104, como la culpa grave equivale al máximo descuido o negligencia acogiendo la solución romana el CC colombiano (art. 63) la equipara al dolo.

[47] Lagrange, *Apuntes...*

ello, según ha referido la doctrina se "impide que el malvado se haga el imbécil"[48]. La culpa grave "es un error de conducta imperdonable en el que incurren solo las personas más torpes; es una falta grosera e inexcusable asimilable al dolo, al acto intencional"[49].

A propósito de los sistemas de apreciación de la culpa, tradicionalmente se distingue la culpa leve, en dos vertientes: en abstracto y en concreto. Bajando en los grados de la culpa, encontramos la *culpa leve en abstracto*, que es la que acontece cuando se omite la diligencia del buen padre de familia, cuando no se actúa con el cuidado, la diligencia o la prudencia del hombre vigilante y cuidadoso. Culpa leve consiste en omitir la diligencia propia de un buen padre de familia[50].

Descendiendo encontramos la *culpa leve en concreto*, que existe cuando sobre el sujeto cuya responsabilidad se trata de juzgar no ha puesto en su comportamiento la diligencia que suele observar en sus propios asuntos[51]. Ella implicará que se juzgue al deudor con una culpa mayor con un criterio más riguroso que el del buen padre de familia, cuando acontezca que el sujeto de que se trate observe normalmente un comportamiento más riguroso en sus propios asuntos, más exigente que el del buen padre de familia que es el deudor medio. Pero a veces, ocurrirá lo contrario, que el sujeto no observe en sus propios asuntos sino una diligencia menor o mediocre, y en tal caso que su responsabilidad se juzgue con un criterio menos riguroso que el que aplicaría al del buen padre de familia. Pero en términos generales la culpa leve en abstracto es una falta en el comportamiento de quien no procede con el cuidado y la diligencia media de una persona normal[52].

Finalmente, la *culpa levísima,* consiste en omitir la diligencia que es propia tan sólo en personas extraordinariamente previsivas y diligentes, excesivamente escrupulosas en el cumplimiento de sus deberes. Esto es, la culpa levísima es la omisión de la diligencia máxima; la del ser humano extremadamente escrupuloso en el cumplimiento de su obligación. Es "la falta de conducta ordinaria que sólo evitan las personas más diligentes y cuidadosas, es un error muy común y sin embargo, evitable"[53]

---

[48] Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas abusivas.* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 295.

[49] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 189.

[50] Véase: Visintini, *Tratado...*, Vol. 1, p. 144, el tipo abstracto del buen padre de familia que pertenecía al lenguaje tradicional y que está orientado a indicar la conducta de un propietario cuidadoso y diligencia en la conservación de sus bienes.

[51] Apreciación de la culpa **en abstracto** es compararla con la de una persona ideal en abstracto, un buen padre de familia. Se crítica que no siempre es justa. Apreciación **en concreto** se compara con la conducta normal que ese mismo sujeto desarrolla en su vida diaria: si es inferior ha incurrido en culpa. Se crítica que es erróneo y lleva a consecuencias absurdas.

[52] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 189.

[53] *Ibid.*, p. 188.

Por lo que resumiendo respecto a los grados de la *culpa contractual* se distinguen tres (3) especies de culpa[54]:

a. *Culpa grave*

b. *Culpa leve*: **en abstracto** (con base a la conducta de un buen padre de familia, CC, art. 1270, es exigible si no se pacta una distinta[55]) y **en concreto** (con base a la diligencia que se coloca en los propios asuntos, por ejemplo el art. 1.756 CC).

c. *Culpa levísima*

La culpa no radica en la voluntad de causar daño a otros sino en la desatención o menosprecio que el agente observa al obrar descuidadamente. El grado de culpa que se exige a falta de otro es el que se exigiría a un buen padre de familia (culpa leve en abstracto)[56].

Esa teoría de los grados de la culpa así entendida fue admitida durante siglos, hasta que en el siglo XVIII un famoso jurista francés publicó su Ensayo sobre la prestación de las culpas, en el que sostenía que la teoría de la gradación de las culpas no provenía del Derecho romano, el cual sólo conocía la culpa leve en abstracto, por lo que la teoría había sido un invento de los glosadores con base a algunos textos del Digesto relativos al contratos de préstamo y de depósito. Sin embargo, Pothier defendió arduamente la teoría de la gradación de la culpa, al margen de que la misma la conociera el Derecho romano[57].

2.2.3. *Los grados de la culpa en el Código Civil venezolano*

Nuestro CC distingue entre el dolo, mala fe o culpa intencional de la culpa simple o no intencional. Y agrava como indicamos la responsabilidad del deudor en caso de dolo de conformidad con el artículo 1274 CC, extendiéndola a los daños imprevisibles.

La responsabilidad basada en la culpa se apoya en el artículo 1270 CC, de tal manera que sobre la base de lo que el CC establece, pueden hacerse las siguientes observaciones[58]:

La primera, es que el CC descarta la división tripartita entre culpa lata, leve y levísima. La culpa que admite el CC venezolano como patrón de responsabilidad en el artículo 1270 es la culpa leve en abstracto. Con mayor razón obviamente, el deudor responde por incumplimiento si ha incurrido en culpa grave o lata. El CC no autoriza a resucitar y aplicar la denominada "culpa levísima", aquella en que incurren las personas que no han puesto la diligencia máxima; el código sustantivo no consagra y por ende no cabe

---

54 Tapias Rocha, *ob. cit.*, pp. 233.

55 Véase: Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 123.

56 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 133.

57 Lagrange, *Apuntes...*

58 Lagrange, *Apuntes...*

aplicar –a falta de previsión de las partes– ese criterio tan riguroso de comportamiento, por lo que no se puede agravar la responsabilidad del deudor sino cuando la ley lo consiente o lo ordena.

La segunda observación, es que con base al artículo 1270 CC, el CC rechaza en orden a la culpa la distinción según que la relación obligatoria produzca utilidad para ambas partes o sólo para una de ellas. Ese es un elemento sin importancia a la hora de juzgar sobre la responsabilidad civil del deudor.

La tercera observación, es que la medida normal de diligencia es aquella de acuerdo con la cual se mide la responsabilidad correspondiente a un buen padre de familia. El Juez a la hora de juzgar sobre la responsabilidad debe hacer una comparación entre el que haya sido el comportamiento del deudor según lo probado en juicio y el que habría sido el comportamiento del buen padre de familia si hubiera estado en las mismas circunstancias objetivas. Cuando se llegue a la conclusión de que un buen padre de familia colocado en aquellas circunstancias no habría incurrido en el incumplimiento el deudor responderá. Cuando la responsabilidad sea contraria, esto es, el buen padre de familia habría incumplido, el deudor no responderá.

En cuarto lugar, en algunos casos la responsabilidad del deudor es *atenuada* como es el caso del gestor de negocios (CC, 1175), el mandatario gratuito (CC, 1693), y el poseedor de la cosa hipotecada (CC, 1905).

En quinto lugar, en algunos casos según la ley, la responsabilidad del deudor es *agravada*, como es el caso del comodato (CC, art. 1727, ords. 2,3 y 5, art. 1778); en el caso del transporte terrestre (C.Com., art. 173).

El sexto aspecto, supone que excepcionalmente la ley se aparta del patrón abstracto del buen padre de familia para referirse al patrón implicado en la *culpa leve in concreto*, esto es, la diligencia que se colocaría en los propios asuntos, como por ejemplo el artículo 1756 CC, a propósito del depósito gratuito.

En séptimo punto, está permitido que las partes estipulen en los contratos cláusulas por las cuales se agrave la responsabilidad establecida en la ley. Por ejemplo, es perfectamente factible y lícito pactar que el deudor responda inclusive por culpa levísima e incluso por caso fortuito; allá él si se obliga en esas condiciones tan rigurosas. Y también se conciben las cláusulas inversas, es decir, aquellas por las cuales se exonere de responsabilidad al deudor en ciertas hipótesis o se atenúe al deudor en esa responsabilidad; pero no se admite por contrario al orden público, las cláusulas de exoneración de responsabilidad en caso de dolo o de culpa grave.

2.2.4. *Prueba de la culpa contractual*[59]

En el ámbito contractual la culpa se ha asociado a la inejecución de la obligación contraída[60]. El legislador venezolano parece inscribirse en dicha

[59] Véase: Madrid Martínez y Annicchiarico, *ob. cit.*, pp. 85-90.

[60] Véase *ibid.*, p. 85; Annicchiarico, *Convivencia...*, p. 279 "por obra de simplificación, la doctrina tradicional asimila la noción de culpa con la noción de inejecución de la obligación contractual".

tesis objetiva a tenor de los artículos 1264 y 1271 del CC. Según el primero "*Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención*". La segunda norma prevé que el deudor sólo puede exonerarse por la prueba de una causa extraña no imputable, por lo que a falta de la misma se presume su culpa: "*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*". Exoneración reiterada en el artículo 1272[61] *eiusdem*, que a decir de la doctrina, amén de redundante, deja otras causas excluidas de la norma[62]. Lo cual es intrascendente dado el carácter general de la expresión o el sentido de causa extraña no imputable que incluye sus diversas manifestaciones según indicamos[63].

La única posibilidad de exoneración del deudor es mediante la prueba de una causa extraña no imputable; de lo que se deduce que el Legislador venezolano presume de manera absoluta la culpa del deudor a partir de la prueba del incumplimiento[64]. Por lo que cuando la obligación no se cumple como se debía, se presume en principio que ello es por culpa del deudor, quien puede probar que el incumplimiento fue motivado por una causa extraña a él; así como el acreedor puede probar que no incumplió por culpa sino dolosamente[65].

Indicamos que de conformidad con el artículo 1270 del CC la responsabilidad contractual –salvo disposición de las partes en contrario– tiene por patrón de referencia la culpa leve en *abstracto*, a saber, la conducta del *buen padre de familia* o del deudor medio. Cabe recordar sin embargo, a propósito de las obligaciones de hacer, la diferencia entre obligaciones de resultado y obligaciones de medio, porque en las primeras, ante el incumplimiento la culpa se presume de la mera inejecución siguiendo la regla general, en tanto que en las últimas (de diligencia), en que no se ofrece un resultado sino poner todos los medios para tratar de obtenerlo, debe probarse la culpa[66]. Esta última es común en caso de profesionales como el médico y el abogado, aunque respecto de tales se pueden presentar ambas

---

[61] "*El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido*".

[62] Véase: Madrid Martínez y Annicchiarico, *ob. cit.*, p. 87.

[63] Véase *supra* tema 7.

[64] Véase: *Ibid.*, p. 88; Pizarro Wilson, *La responsabilidad contractual en el Derecho chileno...*, p. 220, el CC chileno consagra o contempla una presunción de culpa a partir del incumplimiento contractual.

[65] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 178.

[66] Véase *supra* tema 5.1.1. Véase: Lagrange, *Apuntes...*, tratándose de obligaciones de resultado la culpa se presume; y el deudor tendrá la carga de la prueba de acreditar lo contrario, tendrá que probar el acontecimiento no imputable a su persona que le ha impedido cumplir la obligación. Mientras que tratándose de obligaciones de medio correspondería al acreedor la carga de demostrar que el deudor no se comportó con la prudencia y diligencia debida.

modalidades de obligación[67]. Por lo que la presunción de culpa aplica para las obligaciones de resultado y no para las obligaciones de medio[68].

De allí que se indique que "en el caso de las obligaciones de hacer, especialmente aquellas en que interviene un profesional, el dominio de la ciencia o la técnica relativa al servicio especializado que se requiera, es superior al de cualquier sujeto no profesional; por ello, ha de exigirse una diligencia conforme a la cual se establece la relación jurídica, considerando siempre la naturaleza de la obligación, las circunstancias personales del profesional y las del lugar y tiempo en que haya de cumplirse la prestación". Configurándose así el buen padre de familia convertido en el buen profesional, tomándose en cuenta las reglas de la profesión que debe dominar y conocer como profesional medio[69]. Se alude así a la "culpa profesional" que pretende precisar una especie de culpa en el comportamiento de quien desarrolla una cierta actividad sabiendo que carece de una adecuada preparación técnica[70].

Sin embargo, a decir de Lagrange, no podrá haber sobre esta materia una desviación de los principios normales sobre la administración de la carga de la prueba, ni particularmente de las previsiones que sobre el particular contiene el artículo 1354 CC que alude a la materia probatoria en general, a propósito de la distribución de la carga de la prueba. El incumplimiento doloso, esto es, la prueba de éste le corresponde al acreedor[71]. Hay dolo cuando el deudor transgrede voluntaria y conscientemente la obligación: esa transgresión voluntaria es cosa que no se presume por lo que ha de probarla el que la alegue[72].

2.3. *Que exista un daño resarcible*[73]

---

[67] Por ejemplo, la redacción de un documento constituiría para el abogado una obligación de resultado en tanto que la tramitación de un juicio se presentaría como una obligación de medio.

[68] Madrid Martínez y Annicchiarico, *ob. cit.*, p. 88. Véase sin embargo: *Ibid.*, p. 99, indican que no se produce la inversión de la carga de la prueba sólo que en las obligaciones de medio la diligencia está *in obligationem*, no así en las de resultado, cuya prestación se limita a la obtención del objetivo prometido; Madrid Martínez, *Breves consideraciones...*, p. 516.

[69] Madrid Martínez y Annicchiarico, *ob. cit.*, p. 86.

[70] Visintini, *Tratado...*, Vol. 1, p. 267.

[71] Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 105, el dolo no se presume y por tanto el acreedor que lo alega debe probarlo.

[72] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 175.

[73] Véase: Kummerow, Gert: Esquema del Daño Contractual Resarcible según el Sistema Normativo Venezolano. En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia.* Caracas, Fabretón, 1998, pp. 261-382; Morello, Augusto M.: *Indemnización del Daño Contractual.* Argentina, Librería editora Platense-Abeledo Perrot, 2ª edic., 1974; Diez-Picazo, Luís*: Derecho de Daños.* Madrid, Civitas, 1999; Zannoni, Eduardo A.: *El daño en la responsabilidad civil.* Buenos Aires, Astrea, 2ª edic, 1ª reimpresión, 1993; Mosset Iturraspe, Jorge: *Estudios Sobre Responsabilidad por daños.* Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1980, Tomo I; Orgaz, Alfredo: *El daño resarcible (actos ilícitos*). Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 2ª edic., 1960; Rovelli, Roberto: *Il risarcimento del danno alla persona.* Torino, Unione Tipográfico editrice torinese, seconda edizione, 1965; Visintini, Giovanna: *Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación. Imputabilidad y causas de justificación. Daño reversible y nexo causal. Responsabilidad por hecho ajeno. Daños derivados de las cosas inanimadas, de los animales, de los productos defectuosos y de la actividad peligrosa.* Buenos Aires, Edit.

2.3.1. *Necesidad del daño*[74]

Para que exista responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la obligación, es presupuesto lógico y jurídico indispensable que el incumplimiento haya producido un daño al acreedor.

El daño es sin lugar a dudas el elemento constitutivo por excelencia de la responsabilidad civil; sin daño no hay responsabilidad[75]. Es principio general y necesario, que la responsabilidad supone un daño. Sin éste no hay responsabilidad. El incumplimiento por sí solo no implica la producción de daño[76].

El daño es una lesión a un interés legítimo[77]. Se trata de toda disminución, detrimento, deterioro, menoscabo o pérdida que sufre una persona en su patrimonio o en su esfera moral. Algunos distinguían el perjuicio como daño indirecto pero eso ya fue superado. "Daño es el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"[78].

El daño por tanto es un requisito o presupuesto esencial de la obligación de resarcimiento. Si no hay daño no hay nada que resarcir, y es lógico que así sea pues la responsabilidad lo que tiende es restaurar mediante un equivalente en dinero, el patrimonio del acreedor que se ha visto lesionado en razón del incumplimiento del deudor. Por regla general, el incumplimiento de la obligación produce un daño al acreedor, pero por excepción puede no ser así, es decir, puede acontecer que las circunstancias hayan cambiado de tal manera desde la contratación de la obligación o desde el momento en que la obligación ha debido ser cumplida, que el acreedor haya perdido el interés en el cumplimiento. Y como consecuencia de esa circunstancia no sea perceptible un daño del cual puede hablarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación. En esa hipótesis pues no habiendo daño, no hay lugar a responsabilidad y a pesar de que está dado el requisito del incumplimiento culposo o incluso doloso de la obligación, si no es posible descubrir el daño, el deudor no está obligado a responder. Bien raro será que eso ocurra pero no es de descartar que eso llegue a suceder. Por ejemplo: el deudor que se comprometió a llevar una medicina para tal fecha y

---

Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999. Vol. 2, Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci; Domínguez Hidalgo, Carmen: *Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil.* En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIX, Chile, 1998, pp. 237-247, http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/.../Sobre-la-previsibilidad-del-dano; Tapias Rocha, *ob. cit.*, pp. 230 y 231; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 785 y 786.

[74] Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 118, se precisa la necesidad de un perjuicio al acreedor. Se trata de un daño o detrimento que experimenta el acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que le es debida; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 869-880.

[75] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 198.

[76] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 139.

[77] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 480.

[78] Larenz, *ob. cit.*, p. 193.

antes de esta murió el paciente o el cantante que debía prestar servicios a una boda que fue cancelada.

2.3.2. *Clases de daño*

El daño puede ser material o patrimonial y también puede ser moral o extrapatrimonial, según se deriva del artículo 1196[79] CC. Norma que aun cuando se ubica entre las normas relativas a la responsabilidad extracontractual tiene un alcance más amplio de carácter general que aplica al incumplimiento contractual[80]. Dicha norma extiende la obligación de indemnizar a todo daño material (patrimonial) o moral (no patrimonial).

Daño material o patrimonial es el que tiene por objeto un interés patrimonial; es la especie más importante del daño privado. Por su parte, el daño moral, extrapatrimonial o no patrimonial es aquel que tiene por objeto un interés no patrimonial del sujeto, el relativo a un derecho no patrimonial.

Hay quienes observan que no es acertado oponer las dos categorías de daño, porque a veces sucede que un daño que recae en un primer momento sobre uno de ellos, tiene repercusiones sobre el otro. Por ejemplo, dándose en un primer término un daño patrimonial y como consecuencia un daño moral; y a la inversa, a veces el hecho dañoso recae en primer término sobre un derecho no patrimonial pero tiene repercusión en el ámbito material. Por eso se propone decir, pero la expresión no cambia de manera importante los conceptos de daño material es el daño que se traduce en una pérdida patrimonialmente valorable, en tanto que el daño no patrimonial no se traduce en una pérdida valorable en dinero.

Con frecuencia –refiere Lagrange– se aprecia que el daño material y el daño moral se verifican conjuntamente como consecuencia de un solo hecho. Pues en efecto, el acto que lesiona un interés relativo a un derecho patrimonial lesiona también un derecho o interés no patrimonial. Así por ejemplo, los bienes patrimoniales si bien están dotados de un valor económico, sin duda, son instrumentos para propiciarse alegrías, o simplemente la tranquilidad de espíritu por la ausencia de preocupaciones financieras. A veces, del perjuicio al patrimonio del sujeto surgen repercusiones en el ámbito no patrimonial o de los sentimientos. No es pues agradable quedar arruinado como consecuencia de un hecho dañoso; quedar arruinado si bien se traduce en la pérdida de bienes materiales; debe admitirse que nadie puede contemplar con impavidez la ruina sin afligirse o preocuparse, lo cual se mueve en el plano de la afectividad y los sentimientos.

Y a la inversa, sucede que a veces el daño recae sobre un derecho no patrimonial del sujeto, como la integridad física y ese daño sin duda repercute sobre la esfera no patrimonial, que trae consigo gasto y pérdida de la utilidad económica. Como por ejemplo cuando una persona queda

---

79 *"La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito"*.

80 Lagrange, *Apuntes...*

incapacitada para trabajar o un actor o actriz queda desfigurado. Así el daño que lesiona un derecho no patrimonial produce repercusiones de orden material o patrimonial. Aunque veremos que el daño patrimonial reparable es el directo.

Sin embargo, para Diez-Picazo el daño moral en sentido estricto no tiene lugar cuando la lesión incida sobre bienes económicos, por más que el titular haya experimentado especiales "disgustos"[81].

2.3.3. *El daño material o patrimonial*

El artículo 1273 del CC indica: *"Los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado, salvo las modificaciones y excepciones establecidas a continuación."*

De dicha norma se derivan dos elementos diferentes por los cuales puede estar conformado el daño material a los cuales se hace extensiva la obligación de reparar: El daño emergente y el lucro cesante. De tal suerte, que se presentan dos variantes del daño patrimonial, a saber, el *daño emergente* y el *lucro cesante*[82]. El daño puede diversificarse en una situación de pérdida del patrimonio existente o en la no incorporación de ganancias posibles[83].

El **daño emergente** constituye un elemento positivo, en expresión del artículo "la pérdida sufrida". Es la pérdida experimentada por el acreedor derivada inmediatamente del incumplimiento: es la lesión sufrida en virtud de la prestación que no ha sido cumplida. Representa la insatisfacción del acreedor por no haber obtenido la prestación a que tenía derecho.

Por otra parte, se aprecia el **lucro cesante** que constituye un elemento negativo siempre que se configure como un aspecto del daño directo: la utilidad o ganancia dejada de recibir. Constituye la ganancia dejada de percibir, el no aumento del patrimonio del acreedor por habérsele privado de un incremento que normalmente hubiere ingresado al patrimonio de no mediar incumplimiento.[84] El lucro cesante es la ganancia dejada de obtener consistente en el acrecentamiento personal que el acreedor verosímilmente hubiera podido obtener según las circunstancias si el deudor hubiera cumplido. Acontece "cuando *no tenga lugar el aumento patrimonial* que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la

[81] Diez-Picazo, Luis: *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999, pp. 328 y 329.

[82] Véase: Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 455, la pérdida sufrida es el *damnum emergens* y la utilidad dejada de percibir es el *lucum cessans;* Martín Pérez, *ob. cit.*, pp. 270, la diferencia parece apuntar a que pertenezca al patrimonio o no pertenezca aún. El daño emergente es el que se refiere al costo de la reparación necesaria de los perjuicios causados. En tanto que la el lucro cesante es el valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que se ha dejado de obtener.

[83] Ghersi, *ob. cit.*, p. 440.

[84] Véase: Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 195 y 196, lucro cesante es la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; y el daño emergente el valor de la pérdida que el acreedor haya sufrido; Lasarte, *ob. cit.*, p. 149.

responsabilidad”[85]. El lucro cesante corresponde a un elemento patrimonial que hubiera llegado a existir en el patrimonio del acreedor si el incumplimiento del deudor no lo hubiera impedido. Algunos lo asocian al “daño futuro” en tanto que para otros no necesariamente coinciden[86]. Se trata de ganancias o utilidades frustradas como consecuencia del daño[87]. Por ejemplo, el taxista o transportista cuyo carro fue destruido o la compra de una mercancía a cierto precio que sería revendida para obtener una ganancia (al no cumplir el deudor el primer suministro el acreedor incumplirá lo que le propiciaría una ganancia).

Como es natural, el lucro cesante es el elemento que ofrece mayores dificultades de prueba[88] en su determinación y límites. Pero en todo caso no se debe precisar una prueba tan rigurosa matemática e irrefutable sino una ganancia verosímil; la que de ordinario se produciría. Pues las demandas más exageradas tienen su base en un concepto imaginario de ganancias no realizadas, por lo que debe distinguirse los sueños de ganancias del verdadero daño derivado del lucro cesante. La dificultad en su determinación es que jamás puede decirse con seguridad como hubieran ocurrido realmente los hechos sin la realización del suceso en que se basa el deber de indemnizar[89]. Lo que sí se le exigirá al acreedor es la demostración de circunstancias que conduzcan a tener por cierta una probabilidad objetiva y razonable de ganancia que resulte del desenvolvimiento normal de las cosas. No debe confundirse lucro cesante con daño indirecto, esto es, aquel que sale de la órbita de la relación de causalidad y que no es jurídicamente resarcible a tenor del artículo 1275 CC. El lucro cesante por el contrario es un elemento del daño directo y resarcible, un componente de éste.

Se afirma que las dos figuras (daño emergente y lucro cesante) no constituyen criterios para la determinación y la apreciación del daño a los fines

---

[85] Larenz, *ob. cit.*, p. 207 (cursiva original). Véase: Moisset de Espanés, Luis, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón: *Daño emergente y lucro cesante.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar <<“daño emergente” es, a nuestro entender, el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio. El “lucro cesante”, en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido>>.

[86] Véase: Facio, *ob. cit.*, p. 371, nota 105, no comparte que se trate de conceptos equivalentes. Pues señala que ambas nociones si bien se vinculan no coinciden totalmente: todo daño futuro es lucro cesante, pero no todo lucro cesante es daño futuro. Puesto que pueden existir lucros cesantes anteriores a la instauración a la acción de responsabilidad, por ello es erróneo aludir a daño futuro como sinónimo de lucro cesante.

[87] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, p. 344, la cuantía de la indemnización se mide por la mengua o disminución de la capacidad de trabajo, en el caso del daño físico o muerte. Acontece también en caso de atentados a la libertad personal y honor.

[88] Véase: Santos Guardado, Ana Gabriela: *El juicio de probabilidad en la valoración del lucro cesante por daño físico.* En: Revista Jurídica Ars Boni et Aequi Año 11, Nº 1, Chile, Universidad Bernardo O’ Higgins, Junio 2015, pp. 16 y 17, “el lucro cesante se caracteriza por la dificultad –que no por la imposibilidad– de aportar la prueba de las ganancias dejadas de obtener por el perjudicado.

[89] Larenz, *ob. cit.*, p. 108.

del resarcimiento; únicamente sirven para identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible. La diferencia entre estos dos elementos del daño estaría en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante correspondería a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el de incumplimiento. Por ejemplo, el valor de la casa destruida por el incendio, del auto destruido por el accidente, la salud de la persona que ha sufrido lesión y debe afrontar gastos médicos son considerados daños emergentes. Mientras que son casos de lucro cesante la falta de percepción de alquileres de la casa que ha quedado inutilizada durante el período necesario para la reconstrucción, la pérdida de la capacidad de producir réditos y por tanto la falta de ganancias que no se conseguirán a causa de la invalidez temporánea o permanente; el denominado daño por la privación del vehículo, que consiste en la pérdida de los negocios y de la utilidad obtenida con ese medio, durante el período necesario para la reparación del automóvil, etcétera[90].

El daño indirecto es difícil de precisar y no es susceptible de reparación, el punto se asocia a la relación de causalidad que veremos en el punto siguiente.

Finalmente caber indicar que la expresión daños y perjuicios utilizada en el foro y por la propia ley en el artículo 1273 CC no presenta mayor análisis porque se presenta en esencia como sinónimos, por lo que rigurosamente hablando se presenta impropia, pleonástica o redundante. Pero constituye una expresión de uso común y corriente. Pudiera decirse –en nuestro criterio– que constituye simplemente una expresión para referirse a la indemnización por daño, bien sea material o moral, o ambos[91].

2.3.4. *El daño moral*[92]

[90] Visintini, *Tratado*..., Vol. 2, p. 206.

[91] Lagrange, *Apuntes*.... Véase también: Cabanellas, Guillermo: *Interpretación de Guillermo Cabanellas sobre "Daños y Perjuicios".* En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia.* Caracas, Fabretón, 1998, pp. 7-26.

[92] Gran parte de las siguientes ideas son tomadas de las clases del prof. Enrique Lagrange. Véase también: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 2010, pp. 371-577; Kummerow, Gert; *Balance Crítico de la Responsabilidad del daño no patrimonial.* Valencia, Universidad de Carabobo, Ediciones de la Facultad, 1960; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*..., T. I, 60-81; Pittier Sucre, Emilio: *Reflexiones sobre el daño moral.* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 621-698; Pinto Oliveros, Sheraldine: *Taking personal injury seriously: Luces y sombras en la determinación y cuantificación del daño extrapatrimonial.* En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 475-499; Padilla Alfonzo, Adriana: *El daño moral y los elementos que debe seguir el juez para su estimación.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje Nº 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 21-32; Ortiz-Ortiz, Rafael: *Algunos aspectos sobre el daño moral y la teoría de la responsabilidad civil.* En: Studia Iuris Civilis.

a. *Noción*[93]

El daño moral es el que afecta un derecho o un interés no patrimonial del que lo sufre. A tenor del artículo 1196 CC se distingue el daño moral que constituye un sufrimiento de orden espiritual[94] generalmente asociado a la violación de los derechos de la personalidad[95]; es aquel daño que implica una lesión no patrimonial del afectado[96]. Esta última definición permite incluir el perjuicio que puede afectar al ente incorporal, incapaz de padecer "sufrimiento".

"El daño moral puede afectar una amplísima esfera de valores, muchas veces indefinidos e indefinibles, razón en que se asientan los grandes obstáculos encontrados hasta el presente para la regulación jurídica de estos daños ...los daños morales son todos aquellos que no pueden ser considerados como patrimoniales. En resumen el daño moral es la lesión producida en los sentimientos del hombre que, por su espiritualidad no son susceptibles de valoración económica"[97].

Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje Nº 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 415-458; Pietri, Alejandro: *Consideraciones acerca del Daño Moral.* En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia.* Caracas, Fabretón, 1998, pp. 27-30; Vielma Mendoza, Yoleida: *Discusiones en torno a la reparación del daño moral.* En: DIKAIOSYNE Nº 15, Revista del Grupo investigador Logos, Universidad de los Andes, diciembre 2005, pp. 137-156; Corsi, Luis: *La resarcibilidad del daño moral en materia contractual.* En: Libro Homenaje a las X Jornadas "Dr. José Santiago Núñez Aristimuño" Maturín-Edo. Monagas. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 17-45; Domínguez Guillén, *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad..., ob. cit.,* pp. 250-284; Domínguez Guillén, *El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial..., ob. cit.,* pp. 165-169; Martín Pérez, *ob. cit.,* pp. 279-288; Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 143-147; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. I, pp. 217-219; Ochoa Gómez, *ob. cit.,* T. I, pp. 147-152; Palacios Herrera, *ob. cit.,* pp. 35-38. Véase en la doctrina extranjera entre otros: Brebbia, Roberto H.: *El Daño Moral. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia.* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1.950; Scognamiglio, Renato: *El daño moral (Contribución a la teoría del daño extracontractual).* Bogotá, Publicación de la Universidad Externado de Colombia, 1962. Traducción y notas de Fernando Hinestrosa; Salazar Vallejo, Carolina y María del Pilar González Puyana: *El daño moral.* Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990 (tesis); Cienfuegos Salgado, David: *Interpretación jurisprudencial de la responsabilidad civil por daño moral.* En: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 9-47, http://*www.**juridicas**.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../art1.pdf ;* Restrepo Jaramillo, Mauricio: *Teoría de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales,* Universidad Pontificia Bolivariana, Facultad de Derecho, Medellín, 2014, http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/1964/1/Trabajo%20de%20grado-MAURICIO%20RESTREPO-.pdf; Jiménez Vargas-Machuca, Roxana: *Resarcimiento del daño moral o inmaterial.* Derecho y Cambio Social, http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/dano%20moral.htm .

93 Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 256-261; Pittier Sucre, *Reflexiones...,* pp. 632-636.

94 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000438 del 22-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/179858-RC.000438-22715-2015-14-753.HTML. "Ahora bien, para esta Sala el daño moral es el daño que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona, es pues un daño espiritual, inferido en los derechos de la estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material y económica.

95 Véase: Pittier Sucre, *Reflexiones...,* pp. 236-239; Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 250-256; Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. III, p. 276, supone un sufrimiento a la persona aunque se menoscabe un derecho de contenido extrapatrimonial.

96 Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 256 y 257; Acedo Penco, *ob. cit.,* p. 199.

97 TSJ/SCC, Sent. Nº 90 del 13-3-03, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC-0090-130303-01468%20.html.

Vista que buena parte de la doctrina le coloca la nota de "sufrimiento" o afección psíquica, moral, espiritual o emocional[98] ha sido denominado también "precio del dolor" aunque tal expresión es criticada por limitada[99] y porque no es aplicable a las personas incorporales por su incapacidad natural de experimentar sufrimiento, pero quienes también pueden experimentar daño moral en aquellos derechos que le sean predicables por su propia naturaleza[100]. Pues por contrapartida también es obvia la responsabilidad de las personas incorporales[101].

Se suele distinguir dos categorías de daño moral: vinculados a un daño material y que podría decirse afecta a la parte social del patrimonio moral de una persona (por ejemplo el que afecta su reputación). También el que recae sobre el aspecto físico de una persona que suele denominarse daño estético (que puede afectar un pianista o un artista). Se pretende sostener que este tipo de daño es más fácil de estimar. Y por otra parte, se distingue una categoría de daño moral que para algunos afecta exclusivamente la parte afectiva o los sentimientos del sujeto. Por ejemplo, el dolor sufrido por la muerte de una persona querida o derivado de un estado de ansiedad o preocupación. Y se pretende decir que éste resulta más difícil de estimar. De allí que se aluda a *precium doloris*. Esa distinción es intrascendente en Venezuela, toda vez que ambos daños son resarcibles[102]. Ambas clases de daño patrimonial y moral son perfectamente compatibles y acumulables[103]. Y así mismo cada uno de ellos puede demandarse por vía autónoma[104]. Por ejemplo, la violación del derecho a la integridad física puede causar gastos materiales (médicos) y a su vez originar un dolor espiritual.[105]

---

[98] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 143; Mélich Orsini, José: *Los Elementos de la Responsabilidad Extracontractual por hecho propio*. Caracas, edit. Sucre, 1959, p. 277; Carnevali de Camacho, Magaly: *Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito*. Mérida, Universidad de los Andes, 1982, p. 45; DFMSCM8, Sent. 17-10-89, J.R.G., T. 90, p. 96.

[99] Véase: Barrientos Zamorano, Marcelo: Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 Nº 1, 2008, pp. 85-106.

[100] Véase sobre el tema: Casado Andrés, Blanca: *El daño moral en las personas jurídicas*. http://noticias.juridicas.com/articulos/45...Civil/201203-3215416664221.htm); Ríos Erazo, Ignacio y Rodrigo Silva, Goñi: *Daño moral a la persona jurídica* ¿qué ha dicho nuestra jurisprudencia?. En: REJ Revista de Estudios de la Justicia Nº 18, 2013, pp. 111-133, http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/29920/31698 ; Barrientos Zamorano, Marcelo: *Negación de daños morales a una persona jurídica en materia contractual*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 34 Nº 1, 2007, pp. 135-138, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718; Moisset de Espanés, Luis: *Daño moral y personas jurídicas*. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-7, www.acaderc.org.ar. Véase también: Barrientos Zamorano, Marcelo: *Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris*. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 35, Nº 1, 2008, pp. 85-106, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718.

[101] Véase: Maduro, *ob. cit.*, pp. 171 y 172.

[102] Lagrange, *Apuntes*...

[103] Domínguez Guillén, *Aproximación...*, p. 251.

[104] Véase: DFMIC6, Sent. 2-7-68, J.T.R., Vol. XVI, 1968, pp. 155-158.

[105] Véase: Rovelli, Roberto: *Il risarcimento del danno alla persona*. Torino, Unione Tipográfico editrice torinese, seconda edizione, 1965, pp. 6 y 7: la integridad psicofísica puede ocasionar un daño

b. *Antecedentes*[106]

Antes del CC de 1942 no existía en Venezuela una norma que consagrase la resarcibilidad del daño moral. La norma del artículo 1196 del CC es una copia fiel del artículo 85 del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones de 1927. Pero admite Lagrange que sin embargo, antes de 1942 se produjeron algunas decisiones de instancia e inclusive de la Alta Corte Federal y de Casación favorables a la posibilidad de admitir la reparación del daño moral. La Reforma del CC de 1982 no afectó la parte del Derecho de Obligaciones y por ende no alteró la norma en comentarios[107].

c. *Denominación*[108]

El término "daño moral" ha sido criticado por la doctrina, señalándose que más bien debiera hablarse de daño "*no patrimonial*"[109] pues sugiere mejor todas las formas adoptadas por este tipo de perjuicio[110]. Rovelli se inclina por la equivalencia de términos al referirse a daño no patrimonial o moral[111].

El daño moral en sentido propio, es el que llaman puro pues el daño con repercusión el patrimonio es un daño patrimonial indirecto.[112] Pero como hemos reiterado, los términos no son determinantes pues el nombre no hace al concepto[113] y la expresión "daño moral" es unánimemente utilizada por la doctrina, legislación y jurisprudencia[114]. Al margen de la denominación, los términos utilizados denotan que se trata de un perjuicio que atañe a lo no patrimonial[115].

---

patrimonial o no patrimonial. Véase sobre la responsabilidad civil en materia de derechos de la personalidad: Weill, Alex y Francois Terré: *Droit Civil. Les persones. La famille. Les incapacités.* Paris, Précis Dalloz, quatriéme édition, 1978, pp. 38-41.

[106] Véase: Pittier Sucre, *Reflexiones...,* pp. 325-331; *Código Civil de Venezuela, Artículos 1192 a 1196...,* pp. 374 y 375.

[107] Lagrange, *Apuntes...*

[108] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 258 y 259.

[109] Véase: Pittier Sucre, *Reflexiones...,* pp. 639-641; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 36, Peirano Facio, Jorge: *Responsabilidad Extracontractual.* Bogotá, Edit. Temis, 1981, pp. 377-379; Ravazzoni, Alberto*: La riparazione del danno non patrimoniale.* Milano, Università di Parma, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza Nº 12, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 81; Paradiso, Massimo: *Il danno alla persona.* Milano, Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 48; Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 224-252.

[110] Kummerow, Gert*: Balance Crítico...*

[111] Rovelli, *ob. cit.*, p. 619.

[112] Orgaz, Alfredo: *El daño resarcible (actos ilícitos*). Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 2ª edic., 1960, pp. 22 y 224.

[113] Véase: Coriolano, F.L: *El hábito no hace al monje ni el nombre al concepto.* En: Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, Nº 26, julio-agosto 2009, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1944&seccion_ver=0.

[114] Pittier Sucre, *Reflexiones...,* p. 641.

[115] Véase: TSJ/SCC, Sent. 0090 del 13-3-03. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc-0090-130303-01468%20.htm "Algunos doctrinarios denominan al daño moral como el 'daño no patrimonial' o 'daño inmaterial', o bien 'daño no económico o extrapatrimonial', pero en el fondo todos tienen un denominador común, y es que este excede de la esfera de lo pecuniario.

d. *Resarcibilidad*[116]

Se discutía antiguamente que el daño moral no debía ser reparado porque el dinero no puede hacer desaparecer el perjuicio moral, pero a efecto se respondía que ello parte de una premisa falsa y es pretender que la responsabilidad civil tenga por objeto eliminar o borrar el perjuicio causado. Ondei afirma que en rigor lógico el daño extrapatrimonial debería considerarse patrimonialmente inestimable.[117] Así, en Colombia una vieja sentencia señalaba que "las lesiones al honor no se tapan con pesos y que la ley al referirse a daño se refiere al material"[118]. Y por ejemplo, en materia de daño material procede la reparación no obstante que la situación no pueda ser restablecida (ejemplo, la destrucción de una obra). Y lo mismo aplica para el daño moral, y por otra parte, debe admitirse que el dinero sirve para propiciarse satisfacciones materiales y también de orden espiritual y de alguna manera compensar el daño sufrido aunque no pueda ser borrado. El dinero es un medio de obtener contentamiento, goces y distracciones, para restablecer el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extrapatrimoniales, y por ello el dinero puede servir como adecuada compensación de los sufrimientos psíquicos del lesionado[119].

Se trata simplemente de un subrogado, que lo reintegra del daño mismo o lo distrae[120]. En definitiva toda clase de perjuicios hasta el moral aunque no sea susceptible de exacta valuación en dinero justifica una acción judicial. Parecería aún más chocante que ninguna reparación viniese a compensar la pérdida. A falta de cosa mejor, el dinero sirve en esta vida, para curar muchas heridas y sufrimientos[121]. El llamado precio del dolor es un medio inevitable, necesario y absolutamente equitativo[122]. La imposibilidad de borrar el perjuicio no es óbice a procedencia de la respectiva indemnización.

Ha asomado también el criterio de la pena, pues según hemos referido, a la responsabilidad se le podría atribuir, amén de un sentido compensatorio otro preventivo. Para algunos la reparación por daño moral, pudiera constituir también una pena, porque el ser humano también se conforta por el hecho de que su agresor haya sido condenado. Por lo que para algunos la idea de satisfacción y pena pueden coexistir y no se contraponen[123]. Se

---

[116] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 261-268.

[117] ONDEI, Emilio: *Le persone fisiche e I diritti della personalitá*. Torino, Giurisprudenza sistematica Civile e Commerciale Diretta da Walter Bigiavi, Unione Tiprografico-editrice Torinese,1965, p. 428.

[118] PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, 391.

[119] MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Estudios sobre Responsabilidad por daños*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1980, Tomo I, pp. 184 y 230.

[120] MESSINEO, *ob. cit.*,T. VI, p. 566.

[121] COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 2ª edic, 1943, Tomo III, p. 818.

[122] CIFUENTES, *Derechos...*, p. 623.

[123] FUEYO LANERI, Fernando: *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*. Mérida, Universidad de los Andes, Centro de Jurisprudencia, Colección Justicia et jus, Sección Investigaciones Nº 8, 1972, pp. 56 y 57.

ha dicho en este sentido que otorgarle al daño moral el carácter de pena es regresar a estados primitivos del derecho,[124] pues la indemnización no tiene carácter punitivo[125]. El daño derivado de una ofensa a los derechos de la personalidad es patrimonialmente inestimable y existe no a título de sanción sino de compensación[126]. Se afirma que no se trata de poner "precio" al dolor o los sentimientos pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas[127]. De allí que se señale que los daños morales no son resarcibles, sino solo en algún modo "compensables"[128].

Ya no tiene sentido plantearse si el daño moral ha de ser indemnizado; hoy es una realidad fruto de una evolución difícil de cuestionar. Actualmente está universalmente aceptada la indemnización por daño moral[129].

e. *Estimación*[130]

No existe una forma de cuantificar un daño que es por definición incuantificable, pero ello en modo alguno puede constituir óbice para negar una indemnización traducida en dinero como única compensación posible al perjuicio ocasionado a cualquiera de los derechos personalísimos[131]. Se trata de un asunto que debe considerarse con cautela a fin de evitar un desbordamiento en sumas impredecibles[132]. La jurisprudencia colombiana ha descartado al efecto la prueba pericial para fijar el *quantum* pues supondría la existencia de una especie de "dolorímetro" según lo expresó la Corte en sentencia de casación civil del 30 de marzo de 1951[133], por lo que se descarta igualmente la posibilidad de una experticia complementaria del fallo (CPC, art. 249 y 250) en este sentido[134].

---

[124] Salazar Vallejo y González Puyana, *ob. cit.*, p. 101; Orgaz, *El daño...*, p. 230.

[125] Pittier Sucre, *Reflexiones...*, pp. 642-644.

[126] Ondei, *ob. cit.*, p. 430.

[127] Orgaz, *El daño...*, p. 226.

[128] Lasarte, *Derecho...* p. 269; Bustamante Alsina, Jorge: *Responsabilidad Civil y otros estudios. Doctrina y Comentarios de Jurisprudencia*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, T. IV, p. 42, cumple una función de reparación compensatoria y en modo alguno de equivalencia de un daño; Naveira, Maita: *La valoración del daño resarcible*. En: Anuario da Facultade de Dereito, p. 613, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf.

[129] Martín Pérez, *ob. cit.*, p. 280.

[130] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 265-268.

[131] *Ibid.*, p. 268.

[132] Navia Arroyo, Felipe: *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000 p. 30.

[133] *Ibid.*, p. 29; TSJ/SCC, Sent. Nº 000438 del 22-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/179858-RC.000438-22715-2015-14-753.HTML "ningún auxiliar o medio probatorio puede determinar a ciencia cierta cuánto sufrimiento o cuánto dolor padeció el agraviado o en qué medida se vio afectado su honor o prestigio".

[134] Pittier Sucre, *Reflexiones...*, pp. 673 y 674.

Se admite que la indemnización por concepto de daño moral será fijada discrecionalmente por el juez[135], lo cual a su vez, también ha sido criticado por considerar delicada la labor de colocarle un precio al dolor. La gran dificultad práctica en materia de daño moral es la de establecer un criterio que permita calcular con exactitud el valor de la indemnización. Se afirma que la dificultad en la estimación que ciertamente tendrá el Juzgador no es exclusiva del daño moral y por tal no es motivo para negar su procedencia. Por ello, en cuanto al argumento de la dificultad del Juez en su fijación, se contesta que ello no es privativo o exclusivo del daño moral sino también en casos de daño material, como la destrucción de un vehículo que ya no existe en el mercado.

Y así la doctrina francesa afirma acertadamente que "es cierto que los jueces deberán conceder algunas sumas más o menos importantes según las circunstancias. La evaluación del perjuicio moral será, desde luego, muy delicada siempre. Pero, a diario, los jueces se encuentran ante las mismas dificultades no sólo cuando pronuncian una condena penal, sino cuando ordenan la reparación de un perjuicio material. El perjuicio material suele ser tan enojoso de estimar como el moral; porque el juez no ha de tener solamente en cuenta el valor que representaba para la víctima; el daño se evalúa a través de la víctima. ¿Eso les impide fallar a los jueces? Y, si hay lugar para su arbitrariedad, ¿quién puede quejarse por ello?"[136].

Sin lugar a dudas, constituye la cuantificación del daño moral una de las cuestiones más difíciles de considerar dentro del ámbito de la responsabilidad civil, por ello algunas legislaciones han establecido "baremos"[137]. La noción de daño moral enfrenta un severo problema de acreditación y de justificación de los montos fijados[138]. En todo caso, la doctrina recomienda describir con los mayores detalles posibles el daño sufrido porque tales circunstancias podrán influir en la cuantía de indemnización por el Juez[139].

Se afirma entonces que la apreciación que haga el juez por daño moral es una facultad discrecional[140], del resorte exclusivo del juez de

---

[135] *Ibid.*, p. 669, sería completamente inútil tratar de probar el monto en dinero del daño moral.

[136] Mazeaud, Henri, Leon y André Tunc: *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, Tomo I, Vol. I, p. 441.

[137] Véase: Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 178 y 179; Martín Pérez, *ob. cit.*, p. 284.

[138] Montero, Marcelo: *Responsabilidad civil y daño moral*, p. 23, http://www.udp.cl concluye el autor que es urgente repensar la noción de daño moral, toda vez que es una puerta abierta a la arbitrariedad , pues no permite ponderar los criterios judiciales que determinan el monto de una indemnización.

[139] Pittier Sucre, *Reflexiones...*, p. 668.

[140] Afirmaba Lagrange (*Apuntes*...) que la discrecionalidad toca lo atinente al monto más no al daño en sí mismo el cual deberá conceder si está debidamente acreditado. El artículo 1196 CC es ciertamente de carácter enunciativo según se deriva de la propia redacción de la norma "... se extiende a todo daño...". Y aunque la norma utilice la expresión "... el juez *puede*..." ello no indica que sea meramente facultativo para el Juez si el daño ha sido probado. El Juez tiene el deber de acordar la reparación si el daño ha sido probado. La expresión "puede" ha de entenderse simplemente en el sentido de

mérito[141]. Sin embargo, no es cierto que los jueces no estén sometidos prácticamente a ninguna restricción, pues ello sería contrario a la letra y al espíritu del texto legal. En todo caso, debe existir correlación entre las cantidades acordadas y la lesión sufrida por la víctima.[142]

Pero si bien el Juez es discrecional[143] en la fijación del monto acordado, ello debe responder a ciertos parámetros que la doctrina[144] y la jurisprudencia[145] tratan de precisar. Por lo que la discrecionalidad del Juez viene limitada por la motivación y más precisamente por los criterios tomados en cuenta a fin de llegar al monto condenado por daño moral.

De allí que existe jurisprudencia reiterada que indica que el Juez debe como parte de la motivación de la sentencia, referir los parámetros considerados a los fines del daño moral. Entre tales, casación ha indicado: la entidad e importancia del daño, el grado de culpabilidad del agente, la conducta de la víctima, la posición económica del reclamante, la capacidad económica del accionado, atenuantes, etc.[146]. En todo caso, la omisión de tales parámetros constituye inmotivación de la sentencia porque no le permite al justiciable conocer los criterios que le impone una condena

---

que el Juez tiene un criterio soberano de apreciación en cuanto a la determinación del monto o *quantum* que acuerde a título de reparación, siempre que no exceda el límite solicitado por el actor.

141 CSJ/Cas, Sent. 29-9-88, J.R.G., T. 105, p. 440. Véase igualmente: TSJ/SCC, Sent. Nº 278 del 10-8-00, En: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/R.C.%20278%20100800%2099-896.htm.

142 Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *La función..., ob. cit.*, p. 388.

143 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 00265 del 31-3-04.

144 Véase: Pittier Sucre, *Reflexiones...*, pp. 677-690; Padilla Alfonzo, *ob. cit.*, pp. 21-32; Pinto Oliveros, *Taking...*, pp. 488-492; Pérez Retamal, Doris y Claudia Castillo Pinaud: *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, julio 2012, http://*www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112879/de-perez_ d.pdf?...1* ; Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. IV, p. 43; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 976.

145 Véase: CSJ/SCMT, Sent. 12-12-95, Jurisprudencia Oscar Pierre Tapia (O.P.T.), Cas. Dic. 95, p. 214, una vez demostrado el hecho ilícito, la fijación del daño moral quedará al criterio subjetivo del juez, quien **deberá exponer en el fallo las razones que tiene para estimarlo** (destacado nuestro).

146 Véase: TSJ/SCS, Sent. Nº 144 de 7-3-02 (Caso Francisco Tesorero Yañez contra Hilados Flexilón); TSJ/SCS, Sent. 1059 de 1-7-09; TSJ/SCS, Sent. Nº 144 de 7-3-02; TSJ/SCS, Sent. 1059 del 1-7-09; TSJ/SCC, Sent. Nº 00234 del 4-5-09 (Exxon Mobil), "1. La importancia del daño. 2. El grado de culpabilidad del autor. 3. La conducta de la víctima, sin cuya acción no se hubiera producido el daño. 4. La llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable. 5. El alcance de la indemnización, y 6. Los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral"; TSJ/SCC, Sent. Nº 00585 de 31-7-07; TSJ/SCC, Sent. Nº 313 del 12-6-13 www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/.../RC.000313-12613-2013-13-032.HTM; TSJ/SCC, Sent. 114 de 12-3-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.00114-12309-2009-07-819.html "La facultad discrecional del juez de determinar el daño moral, no escapa al deber de expresar fundamentos lógicos para determinarla"; TSJ/SCC, Sent. Nº 000105 21-4-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc.000105-21410-2010-09-607.html ; TSJ/SCC, Sent. 000462 del 3-7-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC.000462-30713-2013-13-287.html.

por daño moral[147], y la motivación del daño moral constituye parte de la tutela judicial efectiva[148] y el debido proceso. Ello se extiende ciertamente al Juez Superior o de Alzada[149]. La doctrina insiste que la necesidad de la motivación del daño moral es una garantía, a fin de no disfrazar el daño moral, ante la imposibilidad de probar el daño material[150].

Y también se han referido *mutatis mutandi* algunos parámetros a considerar respecto de la estimación del daño moral de los entes incorporales, dada la imposibilidad de tales de experimentar propiamente "dolor", por lo que ya no se alude a una pretendida "escala de sufrimientos morales", sino a otros criterios más objetivos[151].

El daño moral deberá ser alegado[152] y la víctima deberá solicitar la cantidad que considere pertinente; el Juzgador no se verá limitado por el monto de dicha petición, en función de su discrecionalidad. No obstante, ante la posición que sostiene que el juez no puede conceder un monto mayor que el solicitado porque ello sería *ultrapetita*[153], es que se aprecia en la práctica que las sumas requeridas por concepto de daño moral son exorbitantes,

---

[147] Véase: TSJ/ SCC, Sent. 313 del 12-6-13; TSJ/ SCC, Sent. Nº 00585 de 31-7-07; TSJ/SCC, Sent. Nº 000164 de 7-4-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Abril/RC.000164-7411-2011-10-697.html.

[148] TSJ/SCC, Sent. Nº 000105 de 21-4-10.

[149] TSJ/SCC, Sent. 164 del 7-4-11, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC.000164-7411-2011-10-697.HT. El juez superior se limitó a reproducir la condena del Juez de Primera Instancia, sin aportar un criterio propio que permita entender el motivo por el cual condenó a pagar esa cifra.

[150] Véase: GÓMEZ POMAR, Fernando: *Daño moral.* En: InDret, 1/00, http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf, "El enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños"; DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños...*, p. 324 "Hemos visto también las dificultades que la admisibilidad del daño moral suscita sobre todo en punto de arbitrariedad que siempre existe en su cuantificación así como en la utilización que a veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba o para establecer indebidamente daños larvadamente punitivos".

[151] TSJ/SCC, Sent. Nº 000315 de 12-6- 13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC.000315-12613-2013-12-734.html "El daño extrapatrimonial en las personas jurídicas que origina el daño moral, ocurre cuando se ha visto afectada su reputación, nombre, imagen, marca y/o fama de sus productos o servicios. Por tal razón, los supuestos establecidos para cuantificar el daño tienen que estar relacionados con los perjuicios causados por el hecho ilícito. En tal sentido, el juez al establecer los parámetros para la cuantificación del monto deberá considerar: 1) La fama del producto, marca, imagen, signo o servicio que tuvo el ente moral o su producto o servicio antes del hecho ilícito y la que tiene después de la ocurrencia del hecho ilícito; 2) La transcendencia que tuvo en el consumidor y/o clientes en el mercado del lugar donde ocurrió o se difundió el hecho ilícito y sus consecuencia actuales; y 3) Cualquier otro señalamiento que considere para establecer la escala de valores que tomó en cuenta para determinar la indemnización del daño, de manera que exista una relación lógica entre daño extrapatrimonial y la indemnización establecida por el Juez". TSJ/SCS, Sent. Nº 1166 del 9-8-05, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1166-090805-05182.HTM ; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-2-08, Exp. 14.687, http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/2119-21-14.687-.html.

[152] En nuestro criterio el juzgador *no puede* acordar *un daño moral no solicitado* porque además de incurrir en *extrapetita* podría violentar el derecho a la defensa de la parte demandada, en razón de que según veremos es posible excepcionalmente desvirtuar la presunción de sufrimiento del *actor*. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 266 y 267; PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 666 y 667.

[153] Véase: PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 676 y 677; LAGRANGE, *Apuntes...*

porque el actor dado el límite del principio dispositivo que algunos sostienen, prefiere pecar por exceso que por defecto, pues su petición marcaría el límite del *quantum* que otorga el juzgador. Así pues, el daño moral debe ser alegado y el juez deberá decidir conforme a lo alegado[154].

Se ha indicado que en materia de daño moral no procede la indexación o corrección monetaria en virtud de la discrecionalidad del juzgador a la hora de cuantificar el monto del mismo, lo que permite una suerte de actualización[155]. Sin embargo, señaló la Sala de Casación Social en alguna oportunidad, en forma acertada, a nuestro juicio, que sí procedía la indexación del monto asignado por concepto de daño moral desde la fecha de la sentencia hasta el momento definitivo del pago. Es decir, por el tiempo que el condenado se tarde en pagar, una vez establecida la cantidad correspondiente al daño moral[156].

Criterio que parece haber quedado reducido al ámbito laboral, adaptado a su vez a la posterior normativa[157].

f. *Ámbito*[158]

Se plantea la discusión si procede el daño moral en materia contractual, es decir, del incumplimiento de una obligación derivada del contrato[159]. Generalmente en el ámbito contractual también se admite la resarcibili-

[154] Véase: Acedo Sucre, *La función...*, p. 388, cita la opinión de Enrique Lagrange, quien considera que el juez no puede acordar la reparación del daño moral no alegado. Acordar reparación de un daño moral no alegado o distingo del alegado, es incurrir en *extrapetita*, como sería *ultrapetita*, acordar reparación de un daño moral alegado, pero por una suma mayor a la pedida. Véase también: TSJ/SC, Sent. 24-4-00, J.R.G., T. 164, pp. 614-617, se incurre en ultrapetita al conceder más de lo que el demandante pidió por daño moral. Véase sin embargo: CSJ/Cas., Sent. 10-6-98, J.R.G., T. 147, pp. 601 y 602, indica que el juez puede exceder el monto pedido por el actor en el libelo por ser discrecional en la fijación del monto del daño moral (publicada también en: O.P.T., mayo/junio 98 Cas., pp. 143 y 144); CSJ/Cas., Sent. 25-10-84, J.R.G., T. 88, pp. 582 y 583. Véase también: DFMSCMT2, Sent. 12-8-93, J.R.G., T. 126, p. 22, otorgar un monto menor al solicitado no supone que no haya un vencimiento total a los efectos de las costas pues el juez es discrecional en la fijación de la cantidad; Pittier Sucre, *Reflexiones...*, pp. 668 y 669, se precisa estimar la cuantía de la demanda por daño moral y el demandado podrá contradecir la estimación hecha por el actor.

[155] TSJ/SCC, Sent. Nº 00020 de 9-2-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/174077-RC.000020-9215-2015-14-393.HTML.

[156] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Comentarios a la sentencia el 17-5-2000 de la Sala de Casación Social del Tribunal Suprema de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación. (Caso Tesorero Yánez contra Hilados Flexilón S.A.).* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 222-225. Dicho estudio comenta la sentencia Nº 116 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17-5-00 que asume este criterio. Véase dicha sentencia en: J.R.G., T. 165, pp. 733-744; Juzgado Quinto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 19-10-10, Exp. SP01-L-2010-000604, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/octubre/2288-19-SP01-L-2010-000604-.html "Se ordena la indexación del monto condenado por daño moral desde la publicación del fallo hasta su ejecución".

[157] Véase: TSJ/SCS, Sent. 0161 de 2-3-09, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Marzo/0161-2309-2009-07-2156.html; TSJ/SConst., Sent. 1096 de 13-7-11, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Julio/1096-13711-2011-10-0727.html.

[158] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 268-271.

[159] Véase: Corsi, *La resarcibilidad del daño moral en materia contractual...* pp. 17-45.

dad del daño moral[160] y la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto[161]. En doctrina universalmente existe cierto consenso que no existe ninguna razón de orden jurídico para negar tal reparación. El incumplimiento de una obligación bien puede generar daño moral además del daño material[162].

Sin embargo, cierto sector de la doctrina[163] y jurisprudencia venezolana pretende negar la reparación del daño moral en materia contractual[164] con el argumento, por lo demás débil, que el artículo 1196 CC está ubicado entre las normas de responsabilidad extracontractual. Y la verdad para negarlo debería existir una norma que lo excluyera expresamente en materia contractual. Lagrange planteaba varios ejemplos que hacen evidente la procedencia del daño moral en materia contractual: *alguien llega a un hospital y sufre daños producto de la negligencia del médico, nadie duda de la reparación del daño en la situación extracontractual; una persona contrata los servicios de un médico para una intervención quirúrgica en que igualmente se propicia daño por impericia del médico como en el otro supuesto, es ilógico negar a la víctima el daño moral por derivar de un contrato... Los ejemplos evidencian en acertada opinión de Lagrange que no tiene sentido sostener que en materia contractual no procede daño moral, a diferencia extracontractual, sin norma que lo justifique. *Una persona visita la casa de otra, se derrumba el techo y el visitante muere, ciertamente procede el daño moral de los familiares de la víctima; pero resulta que se plantea el mismo ejemplo pero en una casa arrendada y entre los muertos está el hijo del arrendatario, según algunos no procedería daño moral por tratarse de una relación contractual. *Una persona contrata los servicios de

---

[160] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 138; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 199, no se adivinan obstáculos sólidos para fundamentar su exclusión; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, pp. 288 y ss.; Domínguez Guillén, *Aproximación*..., pp. 268-271; Lagrange, *Apuntes*...

[161] Véase: TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html "Como puede observarse de los precedentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales parcialmente transcritos, la imposibilidad de solicitar los daños morales como consecuencia del incumplimiento contractual es una tesis superada, pues la tendencia actual es la resarcibilidad del daño moral en materia obligacional, siempre que se verifiquen determinas circunstancias y condiciones, lo cual habrá que establecer en cada caso en concreto". Véase también: DFMSCM1, Sent. 3-2-88, J.R.G., T. 103, p. 32. En el mismo sentido: CSJ/Cas, Sent. 25-6-81, J.R.G., T. 73, p. 563 y DFMSCM1, Sent. 12-11-84, T. 88, pp. 22-26; DFMSCM1, Sent. 3-2-88, J.R.G., T. 103, p. 32; CSJ/SCMT, Sent. 5-5-88, J.R.G., T. 104, p. 460; DFMSCM3, Sent. 31-1-90, J.R.G., T. 111, pp. 37-40. Véase en sentido contrario: Juez Accidental del Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Amazonas, Sent. 31-10-06, http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/337-31-03-5924-.html.

[162] Véase: Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 68, el daño moral es indemnizable también en lo contractual; Domínguez Guillén, *Comentarios*..., p. 212.

[163] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 219; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 150 y 151.

[164] Véase en este sentido: TSJ/SCC, Sent. Nº 000644 de 22-10-14, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/170520-RC.000644-221014-2014-14-173.HTML y que "*...el daño moral solo está contemplado en nuestra legislación en la responsabilidad por hecho ilícito...* , como lo consagra el artículo 1.196 del Código Civil; CSJ/Cas. Sent. 24-3-83, J.R.G., T. 81, pp. 432 y 433; DFMSCM8, Sent. 18-4-85, J.R.G. , T. 90, pp. 129 y 130; CSJ/Cas., Sent. 12-11-86, J.R.G., T. 97, p. 321; DFMSCMT7, Sent. 16-1-92, J.R.G., T. 120, p. 71; AMCSCMT2, Sent. 5-11-93, J.R.G., T. 127, p. 23; AMCSCMT6, Sent. 10-1-94, JPT/TUI, enero 94, pp. 116 y 117.

transporte para que lo lleve a un lugar pero por negligencia muere o resulta lesionado; mientras que en un caso de transporte benévolo[165] o por cortesía si acontece lo mismo, algunos admiten la reparación del daño moral por ser extracontractual y la niegan en el trasporte por contrato. Los ejemplos evidencian en acertada opinión de Lagrange que se sostenga que en materia contractual no procede daño moral, a diferencia extracontractual, sin norma que lo justifique[166].

Por lo que en puridad de principios no hay ninguna razón para pensar que el daño moral no sea resarcible en materia contractual, en materia de responsabilidad de resarcimiento de una obligación[167]. Casación se ha mostrado favorable a la reparación del daño moral en materia contractual: "*la imposibilidad de solicitar los daños morales como consecuencia del incumplimiento contractual es una tesis superada, pues la tendencia actual es la resarcibilidad del daño moral en materia obligacional, siempre que se verifiquen determinadas circunstancias y condiciones, lo cual habrá que establecer en cada caso en concreto*"[168].

g. *Prueba*[169]

Si bien algunos señalan la necesidad de prueba del daño moral[170], la tendencia más generalizada sostiene que la prueba del daño moral se desprende *in re ipsa* del propio hecho generador y por tal no ha de ser propiamente probado[171]. Es lógico que la violación de los derechos de la personalidad

---

165 Véase: Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. III, pp. 156 y 157, según indica Trigo Represas existe transporte benévolo cuando el conductor, dueño o guardián del vehículo consiente en llevar a otra persona por acto de mera cortesía, con la intención de hacer un favor y sin que el viajero se encuentre obligado a efectuar contraprestación alguna por dicho transporte". Es decir, que si ha habido un mutuo consentimiento para emprender el viaje, no ha habido en cambio para obligarse uno ni otro. En tal caso el daño a la víctima no puede fundarse en una obligación objetiva de seguridad sino ha de ubicarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

166 Lagrange, *Apuntes*...

167 Lagrange, *Apuntes*...

168 Véase: TSJ/SCC, Sent. 176 del 20-5-10, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html .

169 Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación*..., pp. 272-278; Pittier Sucre, *Reflexiones...*, pp. 665-677.

170 Véase: Pittier Sucre, *Reflexiones*..., p. 669, indica que se afirma que el daño moral no requiere prueba pero ello no es del todo correcto pues se precisa probar el hecho generador, la culpa y la relación de causalidad; Hunter Ampuero, Ivan: *La prueba del daño moral.* Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, abril 2005, pp. 43 y 39, http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2005/fjh945p/doc/fjh945p.pdf pretender exonerar de prueba al daño moral evidente infringe las normas reguladoras de la prueba. Exigir al demandado la prueba de la inexistencia del daño afecta el principio de la igualdad; Cardena Villareal, Hugo y Paulina González Vergara: *Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento para su sistematización.* En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 37, Nº 106, Medellín, enero-junio 2007. pp.213-237, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2367523.pdf.

171 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000438 del 22-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/179858-RC.000438-22715-2015-14-753.HTML; TSJ/SCC, Sent. Nº 000052 del 4-2-14, http//*www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/160829-RC.000052-4214-2014-13-458.HTML*; TSJ/SCC, Sent. Nº 340 del 31-10-00, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/340-311000-RC99-1001..HTM; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 22-5-

propicie un dolor, pesar o perjuicio en el sujeto. Como el caso del <<daño estético>>; por ejemplo, para cualquier ser humano consciente es doloroso verse el rostro desfigurado"[172], así como la muerte de un hijo[173]. Y así, igualmente, se afirma que "el amor de los hijos hacia su padre es un hecho normal y propio... por ello, el dolor, la angustia debe presumirse, mientras no exista prueba en contrario"[174].

Sin embargo, tal presunción de dolor es *iuris tantum,* pues excepcionalmente el demandado pudiere, probar la inexistencia del daño moral mediante la prueba en contrario[175]. Se afirma así acertadamente que cabe la posibilidad de probar que no existían tales sentimientos afectivos, por ejemplo, si el actor ha sido privado de la patria potestad por causas denigrantes o que el marido se hallaba separado de la esposa[176].

Pero tal presunción de dolor derivado del hecho generador que propicia una prueba *in re ipsa* del daño moral acontece únicamente respecto de la persona humana o natural y no respecto del ente incorporal quien no experimenta sufrimiento. De allí que la jurisprudencia ha sido más exigente a nivel probatorio dada la imposibilidad de experimentar dolor de tales entes[177]. Afirma acertadamente la doctrina patria que ciertamente *el daño moral de la persona* jurídica pone en evidencia el carácter inadecuado de identificar el daño extrapatrimonial, moral, o no patrimonial, únicamente con el dolor y, además la necesidad de valorar el daño patrimonial atendiendo a elementos objetivos, y no subjetivos, *lo cual implica que no todas las hipótesis de daño reconducibles al daño extrapatrimonial o moral, en sentido*

15, Exp. 5750, http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/163-22-5750-091-M-22-05-15.HTML; TSJ/SConst., Sent. Nº 683 del 11-7-00, O.P.T., julio 2000 Cas., pp. 468 y 469; TSJ/SCC, Sent. Nº 00265 del 31-3-04; MOSSET ITURRASPE, *ob. cit.*, p. 231; la demostración no ha menester de una prueba directa del mismo, pues se desprende *in re ipsa*, del mismo hecho que lo causa.

[172] ACEDO SUCRE, *La función...*, p. 389.

[173] Véase: TSJ/SPA, Sent. Nº 01005 del 30-7-02, p. 474, el dolor de los padres de los jóvenes fallecidos debe ser reparado.

[174] DFMSCM9, Sent. 27-7-87, J.R.G. , T. 100, p. 166.

[175] Véase: PIZARRO, *ob. cit.*, p. 9; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 273-277; MAZEAUD y TUNC, *ob. cit.*, p. 434, *que tal artículo constituye una presunción a favor de la tesis de la reparación; pero no es lo bastante fuerte como para no poderla combatir por la prueba en contrario;* DFMSCM10, Sent. 16-5-78, J.R.G., T. 60, pp. 204-205. la presunción "*iuris tantum*" implícita en la parte in fine del artículo 1.196 del Código Civil no se aplicaría al caso de autos por razones obvias... El problema, según la doctrina, asume una faceta especial cuando el actor, por circunstancias especiales, no ha sufrido en realidad un verdadero daño inmaterial ...".

[176] KUMMEROW, *Balance Crítico...,* p. 52; LLAMBÍAS, *ob. cit.*, p. 248.

[177] Véase: TSJ/SPA, Sent. Nº 802 del 4-8-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/00802-4810-2010-2004-0266.html "a diferencia de lo que ocurre con las personas naturales, no puede admitirse en este escenario una afección a la esfera de sentimientos, personal e intrínseca del sujeto. Lo anterior, como se explicará más adelante, **genera cambios incluso en el análisis del tema probatorio, por cuanto tratándose de elementos objetivos éstos no se encontrarían totalmente exentos de prueba**" TSJ/SPA, Sent. 01684 de 7-12-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/01684-71211-2011-2003-0406.html.

amplio, están exentas de prueba"[178]. Mal puede mediar una presunción de dolor de un ente que por su naturaleza carece de sentimientos. Por lo que se concluye que la presunción de sufrimiento que releva de la prueba del daño moral sólo es predicable de la persona humana y no respecto de la persona incorporal[179]. Se ha referido que en tal caso el daño moral de tales entes podría evidenciarse adicionalmente de una merma patrimonial[180], al margen de la diferencia entre ambos tipos de daños. Según indicó Casación a propósito de los criterios a considerar para motivar el daño moral del ente incorporal: "en el eventual daño moral sufrido por personas jurídicas, el juez no puede motivar la cuantificación de la indemnización con la doctrina establecida para el cálculo de la indemnización del daño moral en personas naturales, pues en el ente moral el perjuicio afecta su reputación y nombre como sociedad civil o mercantil, no puede, por ende, tener un carácter espiritual o sicológico como ocurre en el ser humano"[181]. De lo que se deriva que alguna variación o perjuicio debe probar el ente incorporal demandante para acceder a la indemnización por daño moral o extrapatrimonial.

h. *Legitimados*[182]

La acción por daño moral tiene un carácter personalísimo, a diferencia del daño patrimonial[183], sin perjuicio obviamente de la representación legal de los incapaces[184]. En cuanto al sujeto que puede reclamar el daño moral, la norma del artículo 1196 CC distingue el caso del propio sujeto o víctima,

---

[178] Pinto Oliveros, *Taking personal ...*pp. 497 y 498.

[179] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba in re ipsa.* En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 6 Homenaje a Arturo Torres-Rivero, 2016, pp. 23-64.

[180] Véase: Casado Andrés, Blanca: *El daño moral en las personas jurídicas*, 2012, http://noticias.juridicas.com/articulos/45...Civil/201203-3215416664221.htm; Cifuentes, Santos: *El daño moral y la persona jurídica.* En: Derecho de Daños. Primera Parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2000, Directores de la obra: Felix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, pp.409 y 410; Gómez Pomar, Fernando: *Comentarios a la sentencia del Tribunal supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas*, Barcelona, octubre 2002, p. 4, www.indret.com; Rivera, Julio César y otros: *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, En: Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, Nº 7-8, enero-diciembre 2007, p. 376, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt14.pdf; TSJ/SPA, Sent. Nº 01419 de 6-6-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01419-060606-1994-11240.HTM"... podría una persona jurídica, al ver afectada su reputación, observar una merma en las ganancias reportadas en virtud de su actividad comercial, llegando a ser éste, un factor determinante en su normal desenvolvimiento" (subrayado nuestro); Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-4-13, Exp. AP42-R-2005-001457, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2013/abril/1478-17-AP42-R-2005-001457-2013-0561.html ; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 5-3-12, Exp. AP42-G-2004-000032, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2012/marzo/1478-5-AP42-G-2004-000032-2012-0371.html.

[181] Sentencia citada *supra*: TSJ/SCC, Sent. Nº 000315 de 12-6- 13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC.000315-12613-2013-12-734.html.

[182] Pittier Sucre, *Reflexiones...,* pp. 646-649.

[183] *Ibid.*,p. 633.

[184] Véase sobre la posibilidad de los progenitores de ejercer las acciones por sus hijos: TSJ/SPA, sent. 01818 del 16-12-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01818-161209-2009-2004-1282.html.

del atentado al honor o reputación de la familia de la víctima, así como el tercer párrafo prevé la indemnización de parientes, afines o cónyuge por el dolor sufrido en caso de muerte de la víctima[185]. Por lo que parece conforme a la ley que en tales casos una persona pueda demandar el daño moral que ha recaído en cabeza de otra persona. ¿Debe haber un vínculo familiar? La norma alude también al cónyuge respecto del que no media parentesco. Habría que agregar al "concubino o concubina" debidamente probado de conformidad con el artículo 77 de la Constitución[186].

Pero en la doctrina hay dos tendencias: una que admite la reparación haya o no parentesco, lo que permitiría extenderlo al novio o novia (por ejemplo). Y otros que exigen siguiendo la norma un vínculo objetivo (como parentesco o matrimonio) es el caso de CC suizo, mexicano y la doctrina italiana. Pretendiendo poner límites a las indemnizaciones por daño moral. Subsiste duda sobre el grado de parentesco a considerar, dado el carácter taxativo de la norma, siendo que buena parte de las normas legales lo suelen limitar al cuarto grado (4º) de consanguinidad y segundo grado (2º) de afinidad. A lo que acertadamente se afirma que quedará al Juez apreciar el sentido de la relación afectiva derivada del vínculo correspondiente[187]. Cabe distinguir según la parte final del art. 1196 CC que puede mediar indemnización en caso de muerte de un familiar, lo que en modo alguno se opone al carácter personalísimo del daño, toda vez que en tal caso se está reclamando por un sufrimiento propio. La doctrina lo distingue como "*pretium affectionis*", teniendo los herederos una acción propia por el dolor sufrido por ellos por la muerte del ser querido[188].

Las personas incorporales, según indicamos, también pueden sufrir daño moral[189]. Pueden verse afectadas en su prestigio, reputación o seriedad. Lagrange citaba el caso de Almacenes Triple A que demandó a Sears por considerar que había incurrido en competencia desleal, consistente en tratar de denigrar, de atribuir hechos incompatibles con la honestidad en la competencia a Almacenes Triple A. Casación acordó una indemnización por daño moral en 1971 que alcanzó los 20.000 Bs. por considerar que se

---

[185] Se discute la procedencia igualmente en caso de estado vegetativo. Véase: TSJ/SCC, Sent. 457 del 26-10-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000457-261010-2010-09-657.html; TSJ/SCC, Sent. 666 del 5-12-11, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/rc.000666-51211-2011-11-315.html "conforme a lo dispuesto en el artículo 1.196 del Código Civil, ***sólo*** en caso de muerte de la víctima los herederos tienen derecho a solicitar una indemnización sólo por daño moral, y no por las lesiones corporales que pudo haber sufrido el de cujus.

[186] En consonancia con la sentencia 1682 de 15-7-05 de la Sala Constitucional de TSJ; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999*. En: Revista de Derecho Nº 17, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp, 215-247 (también en: *Manual de Derecho de Familia*..., p. 437); Pittier Sucre, *Reflexiones...*, pp. 662 y 663.

[187] Pittier Sucre, *Reflexiones...*, pp. 663 y 664.

[188] Véase: *ibid.*, pp. 650-653.

[189] Véase: Domínguez Guillén, *El daño moral en las personas incorporales*...; Moisset de Espanés, Luis y Benjamín Moisá y Luis: *Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

había afectado la reputación de Almacenes Triple A. Nuestra jurisprudencia más reciente también se ha pronunciado en este sentido[190]. Pero vale recordar que se plantearan ciertas particularidades a nivel probatorio dada la naturaleza de tales entes y su imposibilidad de experimentar sufrimiento o dolor, por lo que no les es predicable la "presunción" de dolor o sufrimiento derivada del simple hecho generador.

2.3.5. *Condiciones del daño resarcible*

El daño debe ser **cierto**[191] **o real**. Si bien es posible probar el daño futuro como el lucro cesante, éste se distingue de la *pérdida de la oportunidad* (se impide la posibilidad de obtener un posible beneficio). Debe ser **directo**, pues a tenor del artículo 1275 no se indemniza el daño indirecto, esto es, aquel que no tenga una relación directa de causalidad. Se alude a que el daño ha de ser **previsible**[192] (CC, art. 1274) por lo que no se responde de un daño enteramente fuera del alcance de la previsión. Se agrega que el daño **no debe haber sido reparado** inclusive por un tercero; debe lesionar un derecho adquirido, debe ser determinado o determinable. Álvarez Olalla agrega que sea "**antijurídico**", es decir, que lesione un derecho subjetivo o un interés jurídicamente protegido. Si el interés lesionado no es protegido por el ordenamiento jurídico el daño no es relevante porque no es antijurídico (por ejemplo el traficante de drogas cuya mercancía es destruida en un accidente)[193] . Veamos cada una de las características separadamente.

a. *Cierto*: Daño cierto significa que no debe existir duda sobre la realidad del daño. Ahora aludir a daño cierto no es referirse a daño producido, actual o presente. Puede existir daño cierto que no se ha producido; el daño futuro pero daño cierto, es decir, aquel del cual se tiene la certeza que se producirá es un daño resarcible[194]. De tal manera que daño presente y daño futuro pueden ser daños ciertos. Sería incorrecto identificar daño futuro con daño incierto. La expresión daño cierto se opone a la expresión daño eventual o daño hipotético. El daño que no tiene una existencia real, ni actual ni futura, que no se sabe si se realizará o no es el daño eventual, el cual no da lugar a resarcimiento.

Ahora bien, el determinar cuándo un daño de naturaleza dudosa es cierto o eventual o hipotético es materia de apreciación judicial. Y a veces,

---

190 Véase las citadas en nuestro trabajo: *El daño moral en las personas incorporales*...

191 Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 22-5-15, Exp. 5750, http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/163-22-5750-091-M-22-05-15.HTML.

192 Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 26-4-05, Exp. KP02-V-2003-002179, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/ABRIL/652-26-KP02-V-2003-2179-.HTML; Tapias Rocha, *ob. cit.*, pp. 235, tratándose de responsabilidad contractual, el deudor solo responde de los perjuicios que se previeron o se pudieron prever al tiempo de contratar.

193 Véase: Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 198.

194 Véase aunque a propósito de la responsabilidad extracontractual: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 871, sí se indemnizan los efectos probables de un daño ya producido.

es difícil determinar si el perjuicio invocado cuya reparación se reclama constituye un daño cierto o meramente eventual.

El asunto se agudiza ante la posibilidad de una figura denominada "*la pérdida de la oportunidad*"[195]. Ejemplos de la figura son los siguientes: el abogado que por negligencia no intenta el recurso de apelación respecto del cual tenía favorables posibilidades de ganar[196]; el caballo que no puede participar en una carrera porque el veterinario le suministró un tratamiento inadecuado; el sujeto que quedó fuera de un concurso docente por la negligencia del funcionario que al recibir la inscripción traspapeló su curriculum; el abogado al que no le fueron consignadas las pruebas de un juicio porque la olvidó en la gaveta el funcionario negligente que las recibió; la participante de un concurso o evento de belleza que no pudo llegar al evento final por el hecho de un tercero. El negocio que no se puede cerrar por el retardo del vuelo debido al taxista que se equivoca en la ruta. Todos los anteriores y muchos tantos que se puedan añadir constituyen ejemplos de pérdida de una oportunidad.

Este perjuicio ha sido calificado por la doctrina con el galicismo "pérdida de un chance", categoría general de daños en la que se incluyen todos aquellos casos en los que el agente del daño, con su actuación u omisión, ha interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir una ganancia o evitar una pérdida, por encontrarse en la situación idónea para ello[197].

Y vale la pregunta ¿representará la pérdida de esa oportunidad en situaciones como las referidas un daño indemnizable; un daño reparable en derecho? La respuesta en doctrina y en jurisprudencia extranjera (pues la jurisprudencia patria es escasa por no decir inexistente) es que sí[198]. Que efectivamente, ante un caso en que la víctima haya perdido una "oportunidad", ha sufrido un daño cuya reparación puede pretender. La figura se extiende inclusive –aunque no parece el mejor ejemplo de la figura– al ámbito de la responsabilidad médica, aplicada a la pérdida de la oportunidad

---

[195] Véase: Asensi Pallarés, Eduardo: *La evolución de la doctrina de la pérdida de la oportunidad en responsabilidad médica. Revista* CESCO de Derecho de Consumo, Nº 8, 2013, 228-239, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4524526.pdf; Medina Alcoz, Luis: La teoría de la pérdida de la oportunidad. *Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado.* Madrid, Civitas, 2007; Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 65 y 66; Álvarez Oliveros, Ángel: *Estimación de los daños en el supuesto de la pérdida de la oportunidad.* VI Jornadas de Derecho Privado - Daños y Perjuicios. Ponencia Presentada el 25 de Febrero de 2010, Universidad Monteávila. http://www.snconsult.com/noticias_detalle.php?idnoticia=360 "se define como Pérdida de la Oportunidad, aquel momento que ameritaba alguna ganancia económica, que de estar presente el sujeto tendría seguramente un beneficio, pero por razones distintas a su capacidad o voluntad, la pierde y esto le genera un perjuicio patrimonial".

[196] Véase por pérdida de la oportunidad procesal: Crespo Mora, María Carmen: *Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en Derecho español,* Revista Chilena de Derecho Privado Nº 12, Julio 2009, pp. 101-133, pp. 119 -121.

[197] Crespo Mora, *ob. cit.*, p. 119.

[198] Lagrange, *Apuntes...*

de sanar o mejorar por lo que la relación de la causalidad ésta en la misma y la negligencia en la prestación del servicio de salud[199]. Y así el Tribunal Supremo español señaló en sentencia del 7 de julio de 2008 que esa privación de expectativas denominada "pérdida de la oportunidad constituye un daño antijurídico"[200].

El "chance" u oportunidad, es la posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio[201]. Es incierto el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe en forma indiscutible. Por eso se presenta un daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o ese "chance". Las dificultades pueden presentarse en cuanto a la evaluación, porque lógicamente ésta no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta[202]. Las escasas probabilidades en la oportunidad no han de repercutir en la certeza del daño, sino únicamente sobre la cuantía de la indemnización[203]. La indemnización deberá ser la del chance mismo que se frustra y no de la ganancia eventual, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad[204]. Se ha planteado al respecto igualmente las dificultades de prueba asociadas a la pérdida del chance[205]. Y una decisión judicial refiere la falta de prueba, aunque asociada a la pérdida de la vida[206]. Supuesto que no constituye el mejor ejemplo de la figura en estudio, por cuanto se hablaría de tal siempre en caso de muerte o afectación de derechos personalísimos asociados al cuerpo.

Pero, cabe preguntarse: ¿cuál sería la cuantía de la indemnización? Se está de acuerdo en que mal podría ser la frustración de la ganancia que la

---

[199] Véase: Giraldo Gómez, Luis Felipe: *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica.* Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2011; Herrera Molano, Luz Andrea: *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica en Colombia,* Universidad de la Sabana, Especialización en Derecho de la Responsabilidad, 2009 p. 28, *intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/.../126127.pdf*; Puentes Tobón, Diana Lucía; *La pérdida de la oportunidad en materia médica,* www.consejodeestado.gov.co/.../LA%20PERDIDA%20DE%20OPORTU; Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 27-2-08, Exp. Nº 5.636, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/2147-27-5636-10.html.

[200] Ossorio Serrano, Juan Miguel: *Lecciones de Derecho de Daños.* Madrid, La Ley, 2011, pp. 65 y 66.

[201] Véase: Martín Pérez, *ob. cit.*, p. 273, la pérdida del chance o desaparición de la posibilidad que acontezca un suceso favorable es indemnizable. Se trata de un concepto difícil de evaluar por referirse a elementos hipotéticos.

[202] Martínez Rave, *ob. cit.*, p. 164.

[203] *Ibid.*, p. 121.

[204] Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. III, p. 126.

[205] Véase: Parra Quijano, Jairo: *Dificultades de la prueba del nexo causal ante la pérdida del chance.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 219-227.

[206] Véase: TSJ/SCC, Sent. 666 del 5-12-11, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/rc.000666-51211-2011-11-315.html.

persona esperaba obtener. Pues lo que la víctima tenía era simplemente una mera posibilidad; no el derecho adquirido a obtener aquel provento, aquel provecho económico. Y no teniendo pues, la certeza de la ganancia, la indemnización no podría comprender la ganancia toda pero meramente posible. Pero sí habría derecho ciertamente a una indemnización que fijará prudentemente el Juez en función de la probabilidad que tenía la víctima de haber obtenido esa ganancia; se atiende pues al grado de probabilidad de que aconteciera la ganancia frustrada en función de las circunstancias objetivas de hecho. Se trata de un caso en que habría cierto margen de eventualidad del daño pero nadie negaría tampoco que hay una cierta proporción o magnitud de certeza en la producción de cierto daño. Y es que precisamente, a esta parte en que la que hay certeza del daño, a la que debería referirse la obligación de indemnizar. El problema estará precisamente en la recta apreciación de las circunstancias de hecho y sobre todo en la fijación del monto de la indemnización correspondiente a la pérdida objetiva de aquella oportunidad; oportunidad a la que la víctima tenía derecho, pero que por la actividad u omisión de otra persona perdió.

b. *Directo*

A este requisito se refiere el artículo 1275 CC cuando afirma que aun cuando se trate de incumplimiento doloso de la obligación, los daños resarcibles a favor del acreedor no son sino los que resultan como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación. Ahora, a este requisito del carácter directo del daño vamos a referirnos *infra,* a propósito de la relación causal que debe haber entre el incumplimiento de la obligación y el daño producido.

c. *Previsible*

Dispone el artículo 1274 CC: "*El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo*". El daño debe ser previsible, esto es, el daño por reparar derivado del incumplimiento de una obligación, se limita en principio al daño previsto o que ha podido preverse al tiempo en que la obligación fue contraída. Mientras que en general no es resarcible el daño que no podría preverse para aquel tiempo. Se trata de una previsibilidad o imprevisibilidad que se aprecia en abstracto por parte de quien sea, cualquiera que sea, de acuerdo a las reglas de la experiencia. Ello con base a las reglas de la lógica, determinación que en gran parte está confiada a la prudencia del Juez a quien le corresponda decidir. Éste tendrá en cuenta las particularidades del caso concreto y también la cualidad de la persona del deudor.

La razón por la cual la citada norma limita los daños a los previsibles es que resultaría excesivamente gravoso, severo para con el deudor, el adscribirse la obligación de resarcir un daño que razonablemente no podía prever para el tiempo que contrajo la obligación. Pero en cambio, cuando

el incumplimiento se deriva de un comportamiento doloso del deudor, esto es, de su mala fe, se le impone el resarcimiento inclusive del daño imprevisible. Vale recordar que la culpa grave se asimila al dolo por la dificultad práctica de su distinción.

Es una cuestión clásica la de saber si el deudor debe haber previsto o poder prever únicamente la causa del daño o también su cantidad[207]. La imprevisibilidad no se limita a las causas del daño sino que se extiende también a la cuantía del daño, influye también en la medida del resarcimiento. Así por ejemplo, si una persona confía a otra un objeto mueble, sin advertirle que dentro del mismo se contienen una serie de cosas de gran valor, y por tal el que lo recibe no tenía por qué saberlo[208]. Si el mueble se destruye y también las cosas contenidas en él, la obligación de resarcimiento del encargado del transporte se limita a la cuantía del valor del bien que le fue confiado sin extenderse a las cosas que se encontraban en él y sobre cuya existencia no se le había advertido. Se trata pues, de limitar el daño a la cuantía previsible para el momento de contraer la obligación.

Por lo que acontece algo similar al Derecho español respecto del cual se ha indicado que de alguna manera se traduce en una excepción al principio de la reparación integral del daño contractual, o si se prefiere, a la plena responsabilidad contractual del deudor en caso de incumplimiento. Se traduce en una excepción a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual a los daños que se hubieran previstos por las partes al contratar, o hubieran sido previsibles en ese momento. Es la regla que consagran los principales sistemas jurídicos del mundo[209].

La carga de la prueba[210] tratándose de un daño imprevisible en sus causas y en su cuantía le corresponde al deudor. Es él quien tendrá interés en hacer valer esa imprevisibilidad, precisamente para obtener una disminución del importe de la indemnización debida al acreedor, cuando éste por su parte haya probado el daño que ha sufrido.

d. *No haber sido reparado*[211]

El resarcimiento se logra mediante la reparación del daño, bien sea porque el deudor ha pagado voluntariamente o bien porque lo haga un tercero. Se plantea el problema del tercero que ha pagado aunque no en nombre del deudor y tampoco está sujeto a hacerlo frente al acreedor. Cabe preguntarse:

---

[207] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 456.

[208] Gómez Pomar, *ob. cit.*, p. 148, el principal atractivo de la regla de la responsabilidad limitada a los daños previstos o previsibles es el de incentivar (relativo al menos) bajo costo de la comunicación por parte de los contratantes que dispone de información privada sobre sus características como contratantes.

[209] *Ibid.*, p. 14.

[210] Véase sobre los obstáculos a la revelación de información contractual inducida por la regla de limitación de la responsabilidad: *ibid.*, pp. 148-161.

[211] Véase: Facio, *ob. cit.*, pp. 373-380.

¿podrá el acreedor dirigirse aún contra el deudor? Se plantea el supuesto de cúmulo de indemnizaciones. Debe tenerse en cuenta que resarcir el daño es repararlo, es restablecer el equilibrio patrimonial que ha sido roto por el deudor; es la idea básica de la responsabilidad civil. Esta última no está llamada a enriquecer al acreedor sino a compensarlo del daño sufrido.

Uno de los criterios para resolver el problema es de la *finalidad del pago;* si éste fue hecho con el objeto de procurar indemnización a la víctima el cúmulo no procede. Esto es, si el acreedor recibió la indemnización del tercero no puede dirigirse también contra el deudor.

Pero en cambio, si ese tercero no ha pagado para indemnizar sino con el ánimo de donar, el cúmulo si ha de admitirse. Y en tal caso, el acreedor sí tendrá derecho a reclamar la indemnización ante el deudor.

El otro criterio es el de la *conexión causal entre el daño y el pago* hecho por el tercero. Que tiende a distinguir según que la indemnización pagada por el tercero dependa causalmente o sólo ocasionalmente del hecho dañoso. Si el hecho dañoso es solamente la ocasión y no la causa de la cual depende el pago, entonces el cúmulo procede. Un ejemplo sería el caso de accidente en el cual una persona muere y tiene derecho a una pensión, los sobrevivientes tienen derecho a una pensión por supervivencia y la pensión se paga en todo evento de muerte del fallecido (del asegurado), en cuyo caso procede el cúmulo. Porque el pago de aquella pensión está determinada por la muerte que es tan sólo la ocasión que da lugar a ese pago, en el sentido de que ya se haya producido la muerte en razón del accidente que en efecto la produjo, ya se hubiera producido la muerte por una razón distinta del accidente, el cual es vinculable a la culpa del deudor; de todas maneras, en toda hipótesis de muerte procedería el pago de la pensión. El cúmulo se admite y entonces las personas con derecho a reclamar la pensión podrían, sin perjuicio de recibir ésta, dirigirse al deudor para reclamar el pago de la indemnización.

Pero la inversa no sería cierta. Esto es, si el pago de una indemnización debida por el tercero estuviere causalmente vinculada al daño causado. Es decir, si la realidad del daño, es el hecho jurídicamente determinante del pago de la indemnización que paga el tercero, entonces el cúmulo no procede. El acreedor recibiría el pago del tercero y no tiene derecho a dirigirse contra el deudor para exigirle otra indemnización agregada a la anterior[212]. Se discute en este punto también el caso de la pensión y los supuestos de caridad, en ambos se admite que no existe razón alguna para negar el derecho al resarcimiento porque tales conceptos no tienen el carácter de indemnización[213].

[212] Refería Lagrange (*Apuntes...)* que no conocía jurisprudencia sobre la materia.

[213] Véase: Facio, *ob. cit.*, pp. 377-379.

2.4. *Que exista una relación de causa a efecto entre el incumplimiento culpable de la obligación y el daño sobrevenido (relación de causalidad)*[214]

Siempre se ha afirmado que para que pueda hablarse de responsabilidad es necesario que medie un nexo causal entre la conducta o actividad del sujeto eventualmente responsable y el daño[215]. La relación de causalidad es "uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil conjuntamente con el daño y la culpa. Se trata de la vinculación jurídica que permite precisar que determinado hecho que produce un daño a la víctima reclamante fue causado, producido o propiciado por determinada persona, a quien le es atribuible el daño"[216].

Alude a la relación de causa entre la culpa del agente y el daño que causa en función de efecto. Supone vincular un determinado hecho que causa el daño a quien se le reclama la reparación[217]. De allí que se afirme que tanto en el ámbito de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, entre la conducta del agente y el daño debe haber una relación causa-efecto. Causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, de acuerdo con las leyes de la experiencia científica, de que un resultado se haya producido[218].

2.4.1. *Necesidad de la relación de causalidad*

En efecto es necesaria una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. El deber de reparar el daño presupone la existencia de un nexo causal con el hecho que origina el daño, porque como es evidente el deudor sólo debe estar obligado a indemnizar los daños que se han derivado como efecto de la causa que él ha puesto, consistente en el incumplimiento de la obligación.

El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación a indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa[219].

---

[214] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 215-220; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, pp. 177-183; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 880-888; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 485-488; Divo de Romero, Yessy y Rosario del Prete de Acosta: *Problemática e importancia de la relación de causalidad como elemento constitutivo del hecho ilícito.* En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Carabobo Nº 51, 1987, pp. 111-123; Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 253-299; Tapias Rocha, *ob. cit.*, pp. 235 y 236; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 786 y 787.

[215] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 205.

[216] Domínguez Guillén, *Diccionario...*, pp. 143 y 144.

[217] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 164.

[218] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p 485.

[219] Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. III, p. 166.

Cuando se examina con más cuidado la situación nos damos cuenta que no se da un solo nexo causal sino dos: primeramente, hay un nexo causal entre la voluntad del deudor y el incumplimiento de la obligación (su dolo o culpa). Pues el incumplimiento de la obligación debe ser imputable a la voluntad del deudor, esto es, debe tratarse de un incumplimiento doloso o culposo. La voluntad del deudor determina ese incumplimiento, y ese es el primer nexo causal. Ahora bien, hay otro nexo causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño causado. Puesto que la responsabilidad civil presupone que haya un daño que reparar: si no hay daño no existe responsabilidad civil[220].

2.4.2. *Carga de la prueba del nexo causal*
El primer nexo causal, esto es, el nexo causal entre la voluntad del deudor y el incumplimiento se presume. El acreedor que alega el incumplimiento demuestra el mismo y el deudor por su parte deberá demostrar que el incumplimiento se debió a una causa extraña no imputable a su persona, pero ese primer nexo causal se presume, mientras que el segundo *nexo causal entre el incumplimiento y el daño* no se presume; ese debe ser probado por el acreedor. Este último es precisamente el nexo causal al que nos estamos refiriendo como requisito de la responsabilidad civil[221].

2.4.3. *Dificultad en la determinación de la existencia del nexo causal*
En la determinación del nexo causal se tropieza con dos dificultades: primero que es raro como lo demuestra la realidad de la vida que un determinado acontecimiento no se deba sino a una sola causa. Normalmente concurre más de una causa para determinar cierto resultado, y esto es verdadero no solamente en el ámbito propio de la responsabilidad civil sino en la realidad de la vida. Y en segundo lugar, la otra dificultad es que suele suceder que se produzcan una serie de daños en cadena en la que cada daño viene a ser el acontecimiento que determina el daño siguiente, y éste a su vez, está como ligado por un eslabón con un tercer daño que viene a producirse y es posible que haya un cuarto y quinto daño y así sucesivamente. Y el problema precisamente consiste en determinar hasta dónde se extiende la responsabilidad del deudor. Ejemplos existen en este sentido[222]. Si uno se pusiera a hacer una suerte de inventario del daño se toparía con el problema de precisar ¿cuál de los acontecimientos que pueden concurrir para se produzca un daño debe ser tenido como la causa del daño desde el punto de vista jurídico?

---

[220] Lagrange, *Apuntes*...

[221] Lagrange, *Apuntes*...

[222] Por ejemplo, refería Lagrange el conocido caso de Tacoa en Catia la Mar, que parece haberse originado en un incumplimiento contractual: en la obligación de una empresa de suministrar a otra cierto combustible que debía ser almacenado y que debía tener ciertas condiciones de seguridad que no lo hicieran fácilmente inflamable. Al parecer eso no se cumplió unido a la imprudencia de un trabajador que tenía algo prendido se produjo una gran explosión que dejó daños materiales y muerte de varias personas.

Precisamente sobre este aspecto de la "pluralidad de causas", esto es, las varias causas que concurren a determinar un daño debe ser considerada en derecho la causa del daño se han expuesto diversas teorías. Veamos las más relevantes.

a. *Teoría de la causa más próxima del daño,* según la cual la causa física más próxima o inmediata del daño es la susceptible de generarlo, es aquella que lo produce. Su ventaja pareciera ser limitar el número de antecedentes causales pues evita indagar en causas más remotas. Se le crítica que reduce sobremanera los antecedentes causales[223].

b. *Teoría del hecho desencadenante*, la cual supone que entre todas las causas posibles, debe precisarse el hecho desencadenante que propició de manera determinante el daño. Un hecho puede considerarse causa de otro cuando de faltar el hecho posterior no se hubiere producido. Se le objeta que supone remontarse a una indagación prácticamente infinita[224].

c. *Teoría de la equivalencia de condiciones*[225], conocida también como la teoría de la "*conditio sine qua non*", a saber, teoría de la condición o requisito sin el cual no se hubiera producido el resultado. "Elaborada por la doctrina alemana (principalmente por Von Buri), parte del principio de que todos los hechos que han participado en la generación del daño son equivalentes. A cualquiera de estos hechos, en cuanto culposos, se le puede atribuir el daño. En consecuencia, la víctima podría reclamar la reparación total del daño a cualquiera de los agentes, y al que pague no le quedaría más remedio que repetir de los otros"[226].

d. *Teoría de la causalidad adecuada*[227], también denominada de la "*regularidad causal*". Que refiere que entre las causas que conducen a un daño deben distinguirse aquellas preponderantes, sin las cuales es evidente que el daño no se habría producido, de aquellas causas o circunstancias que son sólo secundarias. Esto es, deben ser consideradas únicamente causas del daño aquellas que normalmente podrían producirlo. Se dice que entre el hecho y el daño debe mediar una cierta adecuación o proporcionalidad. Esta teoría, aunque no del todo precisa, es la acogida normalmente por los sistemas jurídicos modernos. Quedará en todo caso a la autoridad judicial la

---

[223] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 165 y 166, coloca como ejemplo, si A choca con B y éste causa un daño a C, el responsable según la teoría sería B; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 223 y 224; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, p. 181.

[224] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 166; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 224; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, p. 181, la denomina "*teoría de la condición preponderante*".

[225] Véase: Facio, *ob. cit.*, pp. 414-419; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 166 y 167; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 224 y 225; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, pp. 180 y 181; Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 285-299.

[226] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 216 y 217.

[227] Véase: Larenz, *ob. cit.*, pp. 198-203; Facio, *ob. cit.*, pp. 422-426; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 167 y 168; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 225; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, pp. 182 y 183 (el autor como teoría diferente pero cercana a la referida alude también a la "*teoría de la causa eficiente*").

evaluación del caso concreto[228]. Si dentro de las posibles causas preponderantes en la producción del daño se ubica la conducta del deudor él estaría obligado a responder. La jurisprudencia española se inclina generalmente por la teoría de la causalidad adecuada[229].

Al efecto indica una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia: La gran mayoría de los autores se pronuncian a la hora de determinar dónde debe detenerse el examen de los vínculos causales en relación con la razón de ser del daño producido a favor de la teoría de la causalidad adecuada, en virtud de la cual el hecho productor del daño es el que objetiva y normalmente debería producirlo, de tal forma que la relación entre hecho y el daño se requiere que sea adecuada[230].

Así mismo indica otra decisión judicial: "El daño se tiene que asociar a aquel antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. Todos los demás son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. Por ello, una persona responde del daño producido sólo en el caso de que su conducta haya tenido ese carácter de causa adecuada o causa normalmente generadora del daño. Visto de esta forma, 'La causalidad adecuada, exige que para observar la culpa del agente, que el resultado sea consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que el mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo..."[231].

Indica el artículo 1275 CC: "*Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación*".

---

[228] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 217, coloca como ejemplo un amigo que le da un susto a otro que desconocía que sufría del corazón ¿podrá establecerse seriamente que la causa de la muerte fue el susto del amigo?

[229] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 881.

[230] CSJ/Cas., Sent. 12-2-62, J.R.G., T. 5, p. 42.

[231] Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de Caracas, Sent. 16-2-11, Exp. AP42-G-2008-000064, http://www.tsj.gov.ve/.../decisiones/.../1478-16-AP42-G-2008-000064-2011-0...

Los daños resarcibles han de ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. Por lo que no se responde del daño indirecto: aquel que no es consecuencia directa del hecho. La prueba necesaria de una relación de causalidad entre el daño y la culpa, crea la consecuencia de que el daño indirecto no da lugar a la reparación[232]. Se cita al efecto un conocido ejemplo de Pothier: un campesino compra una vaca enferma como si fuera sana (allí hay un primer daño), que contagia a todo su rebaño el cual se muere (segundo daño), perdiendo así su fuente de ingresos económicos, por lo que el campesino deja de pagar sus obligaciones; los acreedores lo embargan y el campesino queda arruinado. Y todo se originó en un incumplimiento contractual al venderle una vaca enferma ¿Hasta dónde llega en tal caso el vínculo de causalidad?[233].

Pues en nuestro Derecho la respuesta la da el citado artículo 1275 CC que consagra la teoría de la causalidad adecuada; los daños resarcibles deben estar en una directa relación de causalidad. El Juez tendrá a su cargo el examen del caso concreto, pero la tendencia es identificar daño inmediato y directo con daño necesario[234]. Si el Juez considera que el daño que se ha producido es un efecto necesario del incumplimiento del deudor porque tiene la convicción que se trata de un efecto necesario de su conducta[235]; en tal caso procederá la indemnización. Mientras que si el Juez considera que el daño no es consecuencia del comportamiento doloso o culposo del deudor no habrá lugar a resarcimiento. En el fondo –señalaba Lagrange– el Juez simplemente está aplicando la teoría de la causalidad adecuada; y la apreciación del Juez no es censurable en Casación; porque el Juez de casación es un Juez de Derecho, y el punto supone una apreciación de hecho en los cuales el Juzgador de primera y segunda instancia es soberano.

Concluye Palacios Herrera que en realidad no se ha podido solucionar científicamente el problema de la relación de causalidad, pues siempre queda al Juez la facultad de apreciar si un hecho está o no en la vinculación causal. El juez tiende por sentimiento de justicia a no considerar como causa un hecho remoto[236].

Finalmente, cabe indicar que no debe mezclarse la relación de causalidad con la culpa o dolo, pues ello claramente lo indica el citado artículo 1275

---

[232] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 787.

[233] Lagrange, *Apuntes...*; Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, p. 254 "la ruina económica del comprador quien, a causa de la falta de cosecha, no se encuentra en posición de cumplir sus obligaciones, con el resultado de que sus bienes serán sometidos a ejecución forzosa".

[234] Véase: Zavala de González, Matilde M.: *Responsabilidad por el daño necesario.* Buenos Aires, Astrea, 1985.

[235] Véase: *ibid.,* p. 2 y 3, la necesidad puede referirse a una relación causal o de servicios entre dos términos, uno de los cuales es indispensable –necesario– o hace falta para que el otro se produzca. Y así para identificar la causa jurídica de un suceso se parte siempre de la condición necesaria, es decir, aquella en cuya ausencia el resultado no puede producirse.

[236] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 57.

CC: el incumplimiento ya sea doloso o culposo trae consigo la misma consecuencia, la reparación se limita al daño directo[237] e inmediato. El Juez no debe pues ceder a la tentación de acordar una indemnización mayor por el hecho del que el deudor ha incumplido de mala fe la obligación. El dolo o la culpa grave sólo hacen extensible la responsabilidad simplemente al daño "imprevisible", pero ha de ser directo. Veremos sin embargo, que en el momento de liquidar el daño el Juez pudiera considerar a la luz de las normas de la responsabilidad extracontractual una reducción del daño por la conducta de la víctima.

e. *Teoría Dejean de la Batie,* señala que la causalidad adecuada es inoperante para explicar por qué la persona cuyo comportamiento anormal está en el origen de la cadena deberá soportar esas consecuencias. Dice el autor de esta teoría que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de la ruptura en la cadena causal. Se debe seguir siempre, según la expresión del autor el hecho o la culpa de la cual debe responder el damnificado[238]. Si una persona, a raíz de un accidente, requiere una intervención quirúrgica y luego fallece, la muerte podría ser por el hecho traumático que la cirugía no pudo evitar pero también por una complicación sobreviniente e inclusive por mala praxis. En tal caso, la teoría de la causalidad adecuada tampoco ofrece una explicación incontestable sobre el hecho de la muerte[239]. Por lo que trata de indagar la causa real[240].

Para Bustamante Alsina la coherencia de la nueva teoría permite afirmar que si la muerte de la víctima se hubiese debido a la mala práctica médica, no se podría atribuir este desenlace fatal al accidente que sufriera con anterioridad, pues remontando la cadena causal a partir de este daño, ella resulta interrumpida inmediatamente por la culpa profesional del médico que la atendió y cuya responsabilidad es excluyente de hechos anteriores, los cuales no son sino condiciones no causales del resultado final. Por otra parte, no debe admitirse como previsible para quien provocó el accidente automovilístico que produjo lesiones a la víctima, que ésta hubiese podido perder la vida en manos de un médico negligente, pero lo que sí podía preverse en abstracto como una alternativa de aquel hecho, era que las heridas causadas, a pesar de su aparente levedad, fuesen sin embargo tan graves como producir ulteriormente la muerte[241].

---

[237] Véase: Larenz, *ob. cit.*, p. 194, daño directo es el que se produce inmediatamente en los bienes afectados por el evento productora del daño. Se manifiesta normalmente como daño real.

[238] Bustamante Alsina, *ob. cit.,* T. III, p. 170.

[239] *Ibid.,* pp. 168 y 169.

[240] *Ibid.,* p. 170.

[241] *Ibid.,* p. 171.

El ejemplo previo, ciertamente no es el más común que puede presentarse en la práctica, pero no vemos claro que la teoría de la causalidad adecuada prevista en el artículo 1275 CC, no pudiera resolver el asunto, pues la misma hace responder de los daños resarcibles aquellos ubicados en una directa relación de causalidad. Y es evidente que en el ejemplo referido, la cadena causal se vio afectada por la mala praxis médica. Por lo que mal se podría pretender derivar el daño directamente del accidente automovilístico.

TEMA 11
Circunstancias Eximentes y Atenuantes de la Responsabilidad Civil[1]

SUMARIO: *1. Generalidades 2. Circunstancias eximentes 3. Circunstancias atenuantes (se queda sujeto a reparar parte del daño)*

1. Generalidades

El incumplimiento no imputable al deudor es aquel que tiene lugar por causas ajenas a su voluntad y por tal, lo exonera de responsabilidad[2]. La responsabilidad del deudor frente al acreedor supone que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso le resultan imputables. No es posible condenar al deudor a indemnizar si su conducta no es el origen del incumplimiento[3]. Existen circunstancias que lo liberan de la responsabilidad frente al acreedor; en tanto que existen otras que si bien no producen una liberación o exoneración total, pueden mitigar su responsabilidad frente al acreedor, a saber, atenúan su responsabilidad porque simplemente han contribuido al daño aunque no sean su única causa.

El tema según el caso aplica según las respectivas diferencias tanto a la responsabilidad contractual como a la responsabilidad extracontractual, según se deriva de las normas que refiere la doctrina.

2. Circunstancias eximentes[4]

2.1. *Causas que eliminan la culpa*[5]: ausencia de culpa, conducta objetiva lícita, legítima defensa[6]. Algunos añaden el estado de necesidad[7].

2.1.1. *La ausencia de culpa* a tenor de lo que se desprende del artículo 1.185 CC el demandado puede probar que no incurrió en culpa, que colocó

---

[1] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 188-198; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 125-133; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 195 y ss.

[2] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 129.

[3] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 195.

[4] Véase: Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-8-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html "Será eximente de su responsabilidad que el hecho dañoso devenga de una causa no imputable a él".

[5] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 177 y ss.

[6] Véase: Juzgado Superior Accidental en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño, Niña y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 8-6-10, Exp. 08-4631, http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2010/junio/1191-8-08-4631-477.html "...siendo causa eximente de responsabilidad civil la ausencia de culpa por parte del presunto agente, la conducta objetiva lícita que son aquellas situaciones en que un daño es causado por una conducta del agente que está autorizado o permitida por el ordenamiento jurídico positivo y la legítima defensa puesto que según el artículo 1188 del Código Civil".

[7] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 195-202.

toda la diligencia y prudencia necesaria por lo que la causa del daño le es desconocida. Se presenta diferente a la causa extraña porque supone la imposibilidad de haber actuado diferente ante una circunstancia irresistible e imprevisible[8]. Cuando la presunción de culpa es absoluta, iuris tantum o irrefragable, su demostración no produce efecto liberatorio alguno[9]. Hay ausencia de culpa cuando el demandado se ha comportado diligentemente, con prudencia y previsión[10]. La causa extraña no imputable está fuera del área de la culpa[11], pues de acontecer rompe el vínculo de causalidad. Por eso rige igualmente en materia de responsabilidad objetiva.

2.1.2. *La legítima defensa* está contemplada en el artículo 1188[12] del CC. Acontece cuando ante el incumplimiento de la obligación falta el elemento de la ilicitud. Si una persona incumple su obligación defendiendo a su persona o sus bienes, se excluye la culpabilidad. Se trata de una causa de justificación al incumplimiento[13]. Se alude, en efecto, a que se trata de una circunstancia por la cual el daño causado no puede calificarse como injusto[14], entendiéndose suficiente un "peligro actual"[15]. La figura supone una agresión injusta o ilícita, una réplica inmediata en concordancia al ataque[16] y la falta de provocación suficiente por parte del agente. Es decir, los mismos elementos que en materia penal[17]. Difícil de concebir –aunque no imposible– en el ámbito contractual[18]. Por ejemplo, si alguien ataca a nuestra hija y lo empujamos para evitarle el daño a ésta.

2.1.3. *El estado de necesidad* pudiera funcionar como eximente de responsabilidad si suprime enteramente el carácter "culposo"[19] –aunque para

---

8 *Ibid.*, p. 196.

9 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 178.

10 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 196.

11 *Ibid.*, p. 197.

12 "*No es responsable el que causa un daño a otro en su legítima defensa o en defensa de un tercero. El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el Juez lo estime equitativo*". Véase sobre dicha norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 2008, pp. 177-219.

13 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 197.

14 Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, p. 174.

15 *Ibid.*, p. 175.

16 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 199 y 200.

17 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 178.

18 *Ibid.*, p. 179.

19 Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 196-202. En especial, p. 196, existen circunstancias eximentes o exonerantes de responsabilidad civil, bien contractual o extracontractual, por hecho ilícito referentes a la culpa y referentes a la relación de causalidad. Las primera son: a. la ausencia de culpa, b. legítima defensa y c. estado de necesidad. Véase también, p. 200, agrega Ochoa "A diferencia de los hechos <<justificativos>> anteriores, el estado de necesidad no es universalmente reconocido como tal". Finalmente indica acertadamente en la p. 201, "a pesar de ser el estado de necesidad un eximente o

algunos funciona solo como atenuante[20]– por lo que se ubica también como "causa de justificación" ante la "necesidad" de salvarse a sí mismo u otro de un peligro actual[21]. Precisa que concurra el requisito del peligro (actual e inminente); la reacción necesaria ante el peligro (el daño debe haber sido necesario para evitar el propio) y la utilidad del hecho dañoso (se precisa utilidad social, la elección debe ser justificada)[22]. Por ejemplo, estamos en una acera y un carro pasa a punto de atropellarnos: respingamos fuertemente hacia atrás y le ocasionamos un daño a un tercero[23].

2.1.4. *Conducta objetiva lícita*: se trata de situaciones en que el daño del agente está autorizado o permitido por el ordenamiento. Se distingue cuando el daño es causado por el agente en ejercicio de un derecho y cuando una persona causa un daño mediante el desarrollo de una conducta prevista y autorizada o tolerada por el Legislador. Como instalar un comercio que puede perjudicar a otros porque resta clientela[24]. De allí que algunos incluyan entre las causas de justificación aunque no estén referidas expresamente en algunas legislaciones "el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber"[25].

2.2. *Causas que eliminan la relación de causalidad*[26]: La causa extraña no imputable rompe el vínculo de causalidad (véase *infra* tema 7). La existencia de una causa extraña no imputable como el caso fortuito determina la inexistencia de la responsabilidad por falta de la correspondiente relación de causalidad[27]. Vale recordar que resulta aplicable en principio en la responsabilidad objetiva o por riesgo ajena a la idea de culpa.

---

exonerante de responsabilidad porque suprime el carácter de "culposo" del acto necesario, por ello no causa en sí ningún derecho a indemnización, ya que el daño tiene su justificación".

[20] Véase indicando contrariamente que el estado de necesidad no exonera de la reparación sino que constituye causa de atenuación: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 181; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 228; Juzgado Superior Accidental en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño, Niña y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 8-6-10, Exp. 08-4631, http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2010/junio/1191-8-08-4631-477.html "teniéndose como circunstancias atenuantes, el estado de necesidad".

[21] Visintini, *Tratado*..., Vol. 2, p. 180.

[22] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 200-202.

[23] Véase: Silva Uribe, Jorge Luis: *El estado de necesidad como causal de rescisión del contrato.* Bogotá, Pontifica Universidad Javeriana, 1982 (tesis para optar al título de abogado).

[24] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 178.

[25] Visintini, *Tratado*..., Vol. 2, p. 187, la autora incluye "el consentimiento del damnificado y la aceptación del riesgo", el primero relativo a los derechos disponibles y el segundo comprendería la mera aceptación del riesgo ínsito en determinada actividad como la deportiva.

[26] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, pp. 202-213.

[27] Lasarte, *Derecho*..., p. 278.

3. Circunstancias atenuantes (se queda sujeto a reparar parte del daño)[28]

Las causas atenuantes de la responsabilidad civil son aquellas que modulan la obligación de reparar, reduciéndola a una parte del daño causado[29]. Por lo que su efecto no es exonerar sino reducir el monto por el que se resulta obligado.

3.1. *Estado de necesidad*[30]: Ya lo referimos como eximente de la responsabilidad pero también podría operar como atenuante (cuando si bien no excluye totalmente la culpa la conducta del agente ha "contribuido" a la producción del daño). De conformidad con el citado artículo CC, art. 1188: "*El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el Juez lo estime equitativo*".

Entre sus elementos se ubica encontrarse ante peligro grave o inminente; que no haya podido proceder de otro modo y que no haya propiciado la situación[31]. Se dice que como circunstancia atenuante no se está expuesto a una acción de responsabilidad sino de equidad según lo refiere la citada norma. Refiere Moisset, respecto del ordenamiento argentino, inspirado en el Derecho penal que el "llamado estado de necesidad sirve para caracterizar un estado de peligro en que se encuentra un bien jurídico cualquiera, que se ha producido por un hecho inimputable a la persona que obra, y que sólo puede evitarse ocasionando un daño"[32]. Existe situación de necesidad cuando media un peligro actual para un bien jurídico al que es extraño el autor y que no debe afrontarse. Debe tratarse de un mal mayor e inminente, esto es con una desproporción razonable[33].

3.2. *Compensación de culpas*: acontece cuando concurre culpa del agente y de la víctima[34].

Al efecto, indica el 1189[35] del CC: "*Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuirá en la medida en que la víctima ha contribuido a aquél*".

---

28 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 180-184; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 227-230.

29 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 180; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 227.

30 Véase: Zavala de González, *ob. cit.*, pp. 10 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 228; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 181 y 182.

31 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 181.

32 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 281- 283, coloca entre sus elementos el peligro, el bien amenazado, la inimputabilidad del que obra, desproporción de males y lo indispensable de la acción.

33 Zavala de González, *ob. cit.*, pp. 14-22 y 44.

34 Véase: Juzgado Superior Accidental en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño, Niña y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 8-6-10, Exp. 08-4631, http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2010/junio/1191-8-08-4631-477.html.

35 Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191*..., pp. 221-279.

El hecho de la víctima ha de ser culposo. Aplica al ámbito contractual y extracontractual[36]. Cuando coexiste culpa de la víctima y del responsable, la responsabilidad civil habrá de distribuirse entre ambos. Se alude a "concurrencia de culpas" cuando un daño se deriva no sólo por culpa del deudor sino también por la del que sufre el perjuicio. No cabe duda que la solución más justa es su admisión[37]. La concurrencia de culpas con el perjudicado supone el concurso de responsabilidades en el nacimiento del daño; presupone que el perjudicado ha cooperado con él mediante su propia conducta culposa[38]. El hecho de la víctima también puede operar como causa excluyente de responsabilidad civil[39], así como el hecho del acreedor en materia contractual. Es más, una vez acaecido el daño, cabe recordar que el acreedor tiene el deber de mitigar el daño propiciado por el deudor, según veremos[40].

Y así en materia extracontractual se admite la figura según se aprecia en decisión judicial: "debe este órgano jurisdiccional establecer que en el presente caso procede la compensación de faltas y en consecuencia, acordar un resarcimiento a los actores, de acuerdo con la responsabilidad que tuvo la parte demandada y la participación de los padres de la víctima en la ocurrencia del accidente, lo cual supone un juicio de valor por parte del sentenciador"[41].

3.3. *Pluralidad de culpas*[42]: el daño es imputable a varios autores porque han concurrido sus culpas. Cualquiera de los coautores responde solidariamente ante la víctima a tenor del artículo 1195 CC que prevé: "*Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los co-obligados por una parte que fijará el Juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por partes iguales*". El que ha pagado tiene acción contra los demás. Del citado artículo 1.195 CC se desprende la responsabilidad solidaria en caso de que varias personas participen en la realización del hecho ilícito.[43] Vale recordar que en materia contractual, la solidaridad no se presume[44].

---

[36] Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 183; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 228 y 229.

[37] Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 138.

[38] LARENZ, *ob. cit.*, p. 219.

[39] BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 233; véase *supra* tema 7.

[40] Véase *infra* tema 12.2.6.

[41] TSJ/SPA, sent. 01818 del 16-12-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01818-161209-2009-2004-1282.html.

[42] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p 184; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 229 y 230.

[43] Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 229; TSJ/SCC, Sent. Nº 132 de fecha 26-4-00; TSJ/SCC, Sent. Nº 614 del 15-7-04, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00614-**150704**-03200.html .

[44] Véase *supra* tema 5.3.

TEMA 12
La Reparación del Daño[1]

SUMARIO: *1. Reparación en especie y reparación por equivalente 2. La reparación por equivalente. El resarcimiento del daño*

1. Reparación en especie y reparación por equivalente

Vimos[2] que a falta de cumplimiento voluntario ya sea subjetivo por parte del deudor u objetivo por parte de un tercero, la ley, como es natural concede al acreedor la posibilidad de acudir a la jurisdicción para obtener la tutela efectiva de su crédito. Ello acontece mediante la reparación en especie por la cual el acreedor obtiene por vía judicial la misma prestación que hubiere realizado el deudor: y de no ser esto posible subsiste para el acreedor la ejecución forzosa por equivalente. Se afirma que la ejecución forzosa *in natura* o en especie no es una forma de reparar el daño sino de evitar el mismo. No llega a cancelar el incumplimiento en el mundo de los hechos pero si llega a crear una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de la producción del daño. Por ejemplo, si el daño consiste en romper una vidriera, la reparación en especie consistirá en reparar el vidrio roto. Ya referimos los principales casos en que procede la ejecución en especie, sin perjuicio de que algunos reseñan otras formas de reparación en forma específica en algunos fenómenos jurídicos como la acción de anulación, de rescisión y de las acciones protectoras del crédito. Pero ello sólo podría considerarse desde un punto de vista muy amplio y técnicamente se sustrae del ámbito de la ejecución forzosa. Pero no existe en la ley venezolana, una disposición de carácter general en materia de reparación de daño en especie. Por lo que de no ser posible ésta, el acreedor deberá contentarse con demandar y obtener la reparación por equivalente. De allí que opinaba Lagrange, que lo correcto o más lógico, es sostener que procederá la reparación en especie cada vez que conforme a una norma específica del ordenamiento jurídico sea posible acudir a esa forma de reparación. Pero como éstas son excepcionales, el remedio de orden general será la responsabilidad civil, representado por la *reparación por equivalente*[3].

2. La reparación por equivalente. El resarcimiento del daño

2.1. *Noción y función*

El resarcimiento del daño constituye el objeto de una obligación nueva para el deudor. El resarcimiento cumple una función *indemnizatoria* (resarcir al deudor) pues escapa de la función de la responsabilidad civil que ésta no funciona a título de pena. Se pretende restaurar el patrimonio del acreedor.

---

[1] Seguimos en este tema la ideas de Lagrange, *Apuntes...*; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 309-354.

[2] Véase *supra* tema 6.

[3] Lagrange, *Apuntes...*

2.2. *El carácter integral del resarcimiento*. El resarcimiento debe ser integral[4] y ha de ser ajustado exactamente a la magnitud del daño. La medida del resarcimiento debe ser proporcionada al perjuicio ocasionado al acreedor. La suma del resarcimiento debe ser suficiente como para compensar la medida del interés lesionado del acreedor. Por lo que la reparación no tiene por objeto enriquecer al acreedor sino reparar el daño. Cabe aclarar que la medida del resarcimiento no coincide necesariamente con el valor de la prestación incumplida: pues el punto de comparación no es la prestación originaria sino el daño derivado del incumplimiento. Y así por ejemplo, siendo la prestación originaria de un millón, el daño podría alcanzar un millón y medio.

Indica Larenz que el principio fundamental es que ha de indemnizarse en general la totalidad del daño[5]. Ello en consonancia con el principio de la integridad y exactitud del pago. La reparación integral del daño material es una verdad indiscutible[6] y conforma pues un principio[7]. El principio de la reparación integral del daño se deriva directamente de la naturaleza eminentemente reparatoria de la responsabilidad civil[8].

Se alude al principio de la reparación integral del daño y su relatividad pero ello no significa que se repare todo lo que alegue la víctima sino aquellos daños que puedan probados y traducidos a un "*quantum*"[9]. Aunque su aplicación es imposible cuando se trata de daño de naturaleza extrapatrimonial[10].

El adjetivo "integral" tiene dos acepciones: tanto "total" como "global", total porque abarcaría todo el daño, pero lo único alcanzable es la reparación "global", esto es, "toma en conjunto" a los daños que el sistema admite como reparables. Por lo que sería preferible reemplazar la expresión "reparación plena" para denotar la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico[11].

---

[4] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 869, rige en la materia el principio de la reparación integral; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 483; Sandoval Garrido: Diego Alejandro: *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. En: Revista de Derecho Privado Nº 25, Bogotá, Julio-Dic 2013, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123...; Naveira, Maita: *La valoración del daño resarcible*. En: Anuario da Facultade de Dereito, p. 599, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf la reparación de los daños y perjuicios se encuentra precedida por un principio angular, el de la *restitutio in integrum* o reparación integral. Se trata éste de un principio clásico en materia de responsabilidad civil, que encuentra su origen ya en el Derecho romano.

[5] Larenz, *ob. cit.*, p. 196.

[6] Domínguez Hidalgo, *ob. cit.*, p. 238.

[7] Véase: Solarte Rodríguez, Arturo: *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 181-207; Alterini, Atilini Aníbal: *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 7 y 8.

[8] Solarte Rodríguez, *ob. cit.*, p. 190.

[9] Martín Pérez, *ob. cit.*, p. 276.

[10] *Ibid.*, p. 277.

[11] Alterini, *La limitación...*, pp. 17 y 18.

Señala Lagrange que de lo indicado se derivan varias consecuencias: *el resarcimiento debe comprender tanto el daño actual como el daño futuro siempre que sean ciertos para el día de la sentencia (se excluye el daño indirecto y el daño imprevisible salvo dolo o culpa grave del deudor); el daño debe comprender tanto la pérdida efectivamente sufrida (daño emergente) y el lucro cesante; el resarcimiento también se extiende tanto al daño material como al daño moral. A pesar de la resistencia de algunos en aceptar este último en materia contractual.

La doctrina finalmente alude a los límites de la reparación integral entre los que cabe ubicar los propios criterios o parámetros a fin de cuantificar el daño moral[12]. De allí que se aludan a límites, jurisprudenciales y económicos, entre otros[13].

2.3. *Irrelevancia de la culpa del deudor en cuanto a la extensión del resarcimiento*[14]

En principio, la gravedad de la culpa del agente del daño no tiene ninguna influencia en la extensión de la reparación a acordar por el Juez[15]. El daño es uno y no puede extenderse en función del grado de la culpa. La medida del resarcimiento no debe ser mayor o menor en función de la culpa del agente. Por excepción la culpa grave o el dolo lleva a responder del daño imprevisible (CC, 1274); cuando el hecho doloso o culposo del acreedor ha concurrido a causa del daño se alude a concurso de culpas que afectaran la indemnización debida propiciando una reducción (CC, 1189, norma perfectamente aplicable al ámbito contractual). Vimos sin embargo, que uno de los criterios o parámetros para la estimación del daño moral ha sido "el grado de culpabilidad del autor"[16].

2.4. *Irrelevancia de la situación personal del deudor*[17]

"En principio, la situación patrimonial del responsable civil no tiene ninguna influencia en el *quantum* de la reparación. Pobre o rico el responsable debe sólo en la medida de la entidad del daño"[18]. La indemnización no

---

[12] Véase *supra* tema 10.2.3.4.e.

[13] Domínguez Aguila, Ramón: *Los límites al principio de reparación integral. Revista Chilena de Derecho Privado,* Nº 15, pp. 9-28, diciembre 2010, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200001&script=sci_arttext "dentro de este mismo ámbito, la reparación del daño moral, con sus evidentes dificultades para su evaluación ofrece un ejemplo claro de los límites del principio de reparación integral. Entre nosotros, esta cuestión es tan evidente que sólo la mencionamos: no todas las víctimas por iguales daños reciben igual reparación y todo depende, según un autor clásico entre nosotros, del criterio de los jueces el que, desde luego, no ofrece ningún parámetro objetivo de evaluación del daño".

[14] Véase: Solarte Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 193 y 194, "por regla general, la mayor o menor gravedad de la culpa del autor del hecho ilícito no debe tener incidencia en la determinación o cualificación del perjuicio"; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, pp. 314-317.

[15] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, p. 314.

[16] Véase: *supra* tema 10.2.3.4.e.

[17] Véase: *ibid.*, pp. 318-322.

[18] *Ibid.*, p. 318.

depende de la cuantía patrimonial del deudor. Independientemente de que el deudor tenga o no medios de fortuna, al igual que el acreedor, el resarcimiento debe poner atención a la cuantía efectiva del daño. Vale la misma consideración previa sobre la posición económica tanto de la víctima como del agente a los fines de la estimación del daño moral.

La reparación no puede ser fuente de enriquecimiento pues su fin es el resarcimiento del daño. Si se permitiera que la víctima quedara en mejor situación que la derivada del hecho ilícito, la atribución no tendría causa que la justifique[19].

2.5. *Prueba del daño*

El daño debe ser probado[20] por todos los medios admisibles. Recordemos, sin embargo, la distinción relativa al daño moral según la cual respecto de la persona humana se presume el sufrimiento, a diferencia del ente incorporal[21]. Ello no es óbice para aportar medios probatorios que tienden a ser más efectivos los criterios de estimación del daño moral. El demandante tiene la carga de la prueba del daño. El Juez no puede acordar un resarcimiento que esté más allá de lo demandado[22].

2.6. *Liquidación del daño*

El daño probado debe ser liquidado. Liquidar es fijar el valor en una determinada cantidad de dinero. Se alude también a "cuantificación"[23] de la indemnización. La liquidación cuantifica monetariamente el valor del daño resarcible, en cierta moneda y a cierta fecha[24]. La liquidación tiene el efecto de convertir la consistencia de la obligación incumplida en pagar una suma de dinero.

El resarcimiento puede reducirse cuando el acreedor:

a. Ha concurrido a causar el daño.
b. Cuando la actuación del propio deudor ha producido un beneficio al acreedor[25] (dañó la plantación pero rellenó la tierra) se reduce el monto del resarcimiento. La medida del resarcimiento será la diferencia entre la cuantía del perjuicio y la cuantía del beneficio.

---

[19] Solarte Rodríguez, *ob. cit.*, p. 194.

[20] Véase: Tanzi, Silvia y Verónica C. Franceschi: *La prueba en el proceso de daños (Derecho argentino).* En: Nuevos Estudios de Derecho Procesal Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje Nº 8, 2002, Vol. II, pp. 507-522.

[21] Véase nuestro trabajo: *El daño moral en la persona incorporal...*

[22] Lagrange, *Apuntes...*, entre los medios de prueba se citan la experticia (1427 CC), presunciones (1399 CC), juramento estimatorio (1419 CC), que es excepcional en el caso del Juez (1420).

[23] Véase: Martínez Rave, *ob. cit.*, p. 253.

[24] Alterini, *La limitación...*, p. 30.

[25] Véase: Larenz, *ob. cit.*, p. 204, la compensación de ventajas tiene lugar porque la indemnización de daños no debe conducir a que el perjudicado alcance una situación más favorable que la que tendría en el supuesto de que no se hubiese dado el suceso en que se funda la responsabilidad.

c. La negligencia del acreedor agravó el daño, en cuyo caso también la medida del resarcimiento se reducirá. Por ejemplo, cuando el acreedor se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar la magnitud del daño. Él podía hacer algo para impedir que el daño continuara agravándose y no lo hizo; o en positivo, el acreedor hizo algo que ha agravado el daño. Alguna decisión judicial alude así, con base al principio de la buena fe al deber del acreedor de mitigar el daño causado[26], lo cual ha sido desarrollado por la doctrina[27]. El acreedor no puede mantenerse en un estado de pasividad que le propicie más daños. Sobre el acreedor pesa una carga o deber de mitigar o minimizar los daños derivados del incumplimiento[28]. Pues la responsabilidad de la parte desaparece cuando hay culpa común[29], a lo que habría que matizar señalando que más que desaparecer se difumina.

Y así por ejemplo refiere la doctrina que no deben tomarse como lucro cesante las frustraciones de utilidades o ganancias que derivan de la inercia o demora del damnificado que haya "agravado" la situación[30].

2.7. *Formas de liquidación*[31]

a. *Convencional*: el monto del daño tiene lugar por aplicación de la autonomía de la voluntad y puede ser previamente determinado por las partes (por ejemplo cláusula penal, arras, fijación de intereses moratorios).

---

[26] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 2-4-12, Exp. FP02-V-2009-001750, http://cfr.tsj.gob.ve/decisiones/2012/abril/2177-2-FP02-V-2009-001750-PJ0192012000066.html el juez puede y debe acordar una reducción de la indemnización a cargo del causante de la lesión pues un elemental respeto al principio de buena fe exige que la víctima no se aproveche del perjuicio agravando la responsabilidad del demandado.

[27] Véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 6 Homenaje a Arturo Torres-Rivero, 2016, pp. 287-405; ANNICCCIARICO, José: *La carga del acreedor de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*. En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015, Caracas, ACIENPOL, Colección Centenario, 2015, T. IV, pp. 2675-2698; ANNICCHIARICO, *Un nuevo...*, pp. 293-304; PIZARRO WILSON, *La carga de mitigar...*, pp. 251-283; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: *Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 325-337 (en lo sucesivo cuando se aluda al autor –ob. cit.– será referido a "Los Contratos...").

[28] PIZARRO WILSON, *La carga*... p. 282; URDANETA FONTIVEROS, El deber del acreedor perjudicado..., *ob. cit.*, el autor concluye "El deber de evitar o mitigar el daño en nuestro ordenamiento comprende tanto las medidas de conservación, reparación o sustitución destinadas a evitar la extensión del daño como aquellas encaminadas a aminorar el daño ya producido, conforme a lo antes expuesto. Las exigencias de la buena fe conforme a la cual debe ejecutarse el contrato y que fundamentan el deber de mitigación imponen realizar actividades no solo para impedir el desarrollo de ulteriores perjuicios, sino también para aminorar las consecuencias del daño sufrido mediante la adopción de medidas mitigadoras razonables, actuando con la diligencia ordinaria del *bonus pater familiae*".

[29] DOMINICI, *ob. cit.*, p. 749.

[30] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, p. 348.

[31] CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 455 y 458-463, puede provenir del Juez, de las partes por cláusula penal y por la ley.

b. *Legal*[32] (ej. transporte aéreo o artículo 1277 del CC[33]). En ocasiones existe una limitación cuantitativa de la responsabilidad hasta un máximo por propia disposición de ley[34]. Se afirma sin embargo, que la misma es de alguna manera desfavorable para la víctima en la medida en que no se le reconoce el derecho a recibir una indemnización plena[35], esto es, afecta la reparación integral. Debe ser elegido un límite cuantitativo razonable[36].

c. *Judicial*: es la realizada por el juez. Es la forma normal de obtener o precisar la indemnización. Ésta viene precisamente de mantener "indemne", es decir, sin perjuicio al acreedor[37].

2.8. *Momento de la liquidación*[38]

No es el momento del hecho u omisión sino el momento en que se hará efectivo el resarcimiento. Ello tomando en cuenta la finalidad del resarcimiento, que precisamente consiste en "indemnizar" al acreedor del desequilibrio que le propició el incumplimiento. La fijación de la cantidad del monto derivado por el incumplimiento se hará en el momento de la sentencia definitiva. La obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento es una obligación de valor y no una obligación de pagar una cantidad de dinero. El deudor debe un "valor" representado por una cantidad de dinero en la fecha en que el deudor ha de recibir la reparación.

Refiere Mélich que si bien el momento de la sentencia es aquel en que el Juez debe mensurar la reparación, habrá el Juzgador de tener en cuenta el límite que resulta de los pedimentos hechos por el actor, como sería el caso reservarse deducir por separado el daño no consumado todavía, o contrariamente el actor decida limitar el daño al momento de la demanda[39].

---

[32] Véase Solarte Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 197 y 198, existen determinados eventos en los cuales es el propio legislador el que establece el importe específico que se considera como valor máximo o cuantía tope de la indemnización.

[33] En materia laboral se establecen indemnizaciones tasadas en caso de accidentes laborales.

[34] Alterini, *La limitación...*, pp. 47 y 48, lo cual puede estar previsto en leyes especiales como la laboral.

[35] *Ibid.*, p. 79.

[36] *Ibid.*, p. 83.

[37] Véase: Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 125.

[38] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, pp. 350-354.

[39] *Ibid.*, p. 352.

TEMA 13
La Responsabilidad Contractual y Extracontractual[1]

SUMARIO: *1. Unidad de la responsabilidad civil 2. Diferencias de régimen jurídico entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual 3. El problema del "cúmulo" de las responsabilidades contractual y extracontractual*

1. Unidad de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil es la "situación jurídica en virtud de la cual se está en la obligación de responder patrimonial o pecuniariamente en razón de haberle causado un daño a otro. Se alude a la respectiva indemnización por daños y perjuicios. Puede tener origen contractual o extracontractual; en el primer caso, se presenta como el efecto inmediato del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato; en el segundo supuesto, esto es, la responsabilidad civil extracontractual, tiene lugar por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato o de ninguna convención entre agente y víctima (fuentes de las obligaciones distintas al contrato). La responsabilidad civil extracontractual que tiene lugar por hecho ilícito o abuso de derecho (CC, art. 1185) se denomina también responsabilidad civil delictual"[2]. Por lo que para algunos la primera diferencia que se manifiesta entre la responsabilidad contractual y la aquiliana es la existencia de una relación contractual en la primera y su inexistencia en la segunda. De hecho, la existencia de un contrato entre la víctima y el agente del daño es el presupuesto de la responsabilidad contractual[3]. Le Tourneau, con base a la sentencia fran-

---

[1] En el presente tema seguimos fundamentalmente: LAGRANGE, *Apuntes...* Véase también: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado venezolano.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Trabajos de Ascenso Nº 10, 2007; RODRÍGUEZ MATOS, *Notas ...,* pp. 451-473; MÉLICH ORSINI, José: *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos..., ob.cit.,* T. I, pp. 277-307; MÉLICH ORSINI, José: *La responsabilidad contractual..., ob.cit.,* pp. 11-68; VÉLEZ POSADA, Paulina. *La responsabilidad civil contractual y extracontractual. El seguro como criterio de imputación.* Universidad Complutense de Madrid, Master en Derecho Privado, Especialidad Derecho Civil, Trabajo de fin de master, 2012, http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.pdf ; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.,* T. II, pp. 535-544; PINTO OLIVEROS, *A propósito de la responsabilidad contractual...* , pp. 283-305; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE*: Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984.* En: Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, Nº 5, Lima, Diciembre 1999, pp. 52-70, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141.

[2] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...,* p. 147.

[3] PINTO OLIVEROS, *A propósito de la responsabilidad contractual...* la autora opina que "la irreflexiva unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual conduce a desconocer los principios rectores del derecho contractual. Se hace pues necesario proceder a un examen riguroso de la responsabilidad contractual (y también de la extracontractual) con un enfoque sistemático y, además, tomando conciencia de la complejidad actual, incluso en ámbito jurídico".

cesa de casación de la 3ª Sala Civil del 3 de diciembre de 2003, rechaza la expresión "responsabilidad contractual" y señala que debe ser sustituida por "desfallecimiento contractual"[4].

Una persona es civilmente responsable cuando se encuentra obligada a reparar el daño que le ha ocasionado a otra. Se alude a responsabilidad contractual en sentido amplio, para referirse a la obligación que incumbe al deudor de reparar el daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento de una obligación. La responsabilidad extracontractual, en cambio, surge de la violación del deber genérico que cada uno tiene de no causar daños a los demás. De modo que la responsabilidad extracontractual no se deriva del incumplimiento de una obligación en sentido técnico sino de la infracción de un deber que por sí no es de naturaleza patrimonial, consagrado en el artículo 1185 del CC.

Durante mucho tiempo se exageró la diferencia de origen entre esos dos tipos de responsabilidad. Y la doctrina trata a la responsabilidad extracontractual diferenciándola radicalmente de la otra, hasta el punto que prefería hablar de responsabilidad contractual y prefería aludir a "garantía".

Pero lo cierto es que entre ambas responsabilidades no existen diferencias esenciales. Pues tanto la una como la otra representan una obligación de reparar; pero un caso derivado del incumplimiento de una obligación en sentido técnico o estricto; y en el otro, del incumplimiento de un deber genérico.

La responsabilidad contractual permite distinguir con claridad entre la obligación originaria incumplida y la obligación consistente en la responsabilidad civil, que es una obligación nueva surgida del incumplimiento arbitrario por parte del deudor del derecho de crédito del acreedor. Mientras que la otra, a esa obligación autónoma, nueva, en que consiste la responsabilidad civil pero que no corresponde con un deber preexistente, sino un deber general, un deber que incumbe a cada individuo de la colectividad social de no causar daño a ninguna otra persona.

Se aprecia decisión judicial que indica: "Lo que determina la responsabilidad civil contractual o extracontractual es el daño ocasionado por una persona a otra, independientemente si entre ellas existe o no un vínculo convencional anterior, privando en todo caso el deber genérico de no dañar los intereses ajenos, por lo que, en esencia, es artificiosa la distinción que se hace de ambos tipos de responsabilidades, pues son instituciones de la misma naturaleza, así provengan de cualquier fuente; por lo tanto, ciertamente se impone darles un tratamiento unificado además de permitir su mejor comprensión"[5].

---

[4] Le Tourneau, *La responsabilidad civil.* ..., p. 99.

[5] Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, FP02-A-2006-000009, http://bolivar.tsj.gob.ve/**decisiones**/.../1973-11-FP02-A-2006-000009-PJ01820.

Entre ambas, existen sin embargo diferencias, pero no sustanciales, sino de detalle en lo que respecta a la regulación de una y otra. Por ello, lo deseable sería llegar a un sistema uniforme, sujetándolas a una regulación única, salvo ciertamente normas especiales que serían características de cada una. De allí que se afirme que la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual no es de esencia sino de localización[6]. Por eso frente al dualismo de la tesis clásica surge la teoría unitaria de la responsabilidad civil, para la cual la diferencia entre ambas sería de "detalles"[7]. Se alude a la "unidad teórica de las dos responsabilidades"[8]. De allí que se cita entre las modernas tendencias de la responsabilidad civil *la "difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual"*[9].

2. Diferencias de régimen jurídico entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual[10]

2.1. *Capacidad*

La responsabilidad contractual supone e implica en el sujeto la capacidad para obligarse y de otro modo no será posible hacer recaer sobre él las consecuencias del incumplimiento de la obligación. Al efecto indica el artículo 1349: "*Nadie puede reclamar el reembolso de lo que ha pagado a un incapaz, en virtud de una obligación que queda anulada, si no prueba que lo que ha pagado se ha convertido en provecho de tales personas".* Se refiere la norma a la obligación contraída por tales personas y que nace viciada de nulidad relativa que puede hacer valer el incapaz. Y si así lo hace y es declarada tal, no se puede reclamar el reembolso de lo pagado, salvo que se convirtiera en su provecho. Es decir, dentro de los límites que se haya enriquecido injustamente a expensas de la otra parte y en la medida que el enriquecimiento subsista en el patrimonio del incapaz. De manera que los términos en los cuales se trata dicha norma son muy severos precisamente en protección al sujeto afectado por la incapacidad.

En materia, extracontractual por su parte, rige el artículo 1186 del CC: "*El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que haya obrado con discernimiento*"[11]. La capacidad delictual o para responder por hecho ilícito viene dada por la capacidad natural asociada al discernimiento. Esto es, la capacidad de entender y de querer que implica cierta madurez y un estado de conciencia. La capacidad para distinguir lo bueno de lo malo, la

---

[6] Padilla, *ob. cit.*, p. 3.

[7] Véase: Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 280-283.

[8] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 537 y 538.

[9] Véase *supra* tema 1. 7.11.5.

[10] Véase también: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 569-571; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 285 y 286; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* pp. 284-293; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp.538 y 539.

[11] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191....*, pp. 15-108; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil.* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores Nº 1, 3ª edic., 2010, pp. 38-40.

capacidad de darse cuenta uno mismo de lo que está haciendo, por qué lo hace y las consecuencias. Tal capacidad falta en el niño y en el demente. Pero la posee en principio el adolescente y el inhabilitado. Lo que exige la ley para responder por hecho ilícito extracontractual es que el sujeto cuando cometió el acto estuviere dotado de capacidad de entender y de querer. El entredicho pudiera responder si se logra probar que actuó en un intervalo de lucidez. De tal suerte que la capacidad delictual deriva de la capacidad natural y no coincide necesariamente con la capacidad civil[12].

2.2. *Daños previsibles e imprevisibles*

La doctrina tradicional realiza otra diferencia con base a que la responsabilidad contractual se limita a los daños previsibles o que hayan podido preverse al momento de contraer la obligación, y no se extiende a los daños imprevisibles salvo que medie dolo de conformidad con el artículo 1274 CC. En tanto se afirma que en materia extracontractual se extiende al daño imprevisible[13] por la diferencia de las circunstancias[14]. Pero ello, a decir de Lagrange, constituye en esencia una *impropiedad.* Porque precisamente, por no existir en tal materia una relación preexistente previa entre las partes, entre acreedor y deudor de la responsabilidad extracontractual, no puede hablarse de previsibilidad o de imprevisibilidad del daño como sí acontece en materia contractual, en que puede existir una previsión de cuál será el daño que pueda sufrir el acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

A propósito de la previsibilidad, no se ve por qué habría de mantenerse una regla distinta para la extensión de los daños resarcibles. Y así se ha indicado que no habría ninguna distinción fundamental a hacer, desde el punto de vista de la reparación entre la responsabilidad contractual y la aquiliana[15].

2.3. *Daño Moral*

Algunos niegan la procedencia del daño moral en materia contractual[16], a diferencia de la materia extracontractual, bajo el alegato del elemento sistemático de la norma del 1196 CC. Y si bien esa ha sido una postura de cierto sector de la jurisprudencia, desde el punto de vista teórico estricto –aclaraba Lagrange– no existe ninguna razón para sostener eso, pues la responsabilidad por daño moral cabe también por el incumplimiento de una obligación en sentido técnico[17]. Es precisamente en tal ámbito, donde tal vez se hace mayormente evidente, como es el caso de la responsabilidad médica.

---

[12] Véase *infra* tema 24.3.2.1.

[13] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 570.

[14] Véase: Gómez Pomar, *ob. cit.*, p. 134.

[15] Domínguez Hidalgo, *ob. cit.*, p. 247.

[16] Véase: Esborraz, David F. y otros: *El daño moral en la responsabilidad contractual.* En: http://www.infojus.gob.ar/carlos-hernandez-dano-moral-responsabilidad-contractual-dasj060084/123456789-0abc-defg4800-60jsanirtcod La historia del reconocimiento del daño moral contractual en el Derecho argentino no se encuentra desprovista de aristas conflictivas.

[17] Véase *supra* tema 10.2.3.4.f; Lagrange, *Apuntes...*; Domínguez H., Carmen: *La reparación del daño moral derivado del contrato en el Derecho Civil Chileno: realidades y límites.* pp. 227-244, http://www.udp.

2.4. *Cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad*

En materia contractual se admiten dentro de las limitaciones derivadas de la autonomía de la voluntad la posibilidad de cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad civil. En tanto que en materia extracontractual, la tendencia tradicional apunta a negar la validez de cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad como contrarias a las normas de orden público aplicables en materia de responsabilidad extracontractual. Se rechaza tal estipulación por contraria al orden público. Ejemplo de ello sería una cláusula que indicara "no respondemos por hecho ilícito".

2.5. *Culpa levísima*

Se pretende sostener con base a una vieja doctrina que en materia extracontractual el autor queda obligado inclusive por culpa levísima, es decir, por la omisión del deber de diligencia máxima, aquella que no es propia sino de los seres humanos extraordinariamente diligentes y previsivos. Ello a diferencia de la responsabilidad contractual en que salvo que por aplicación de la autonomía de la voluntad se pacte ésta expresamente el patrón de referencia es la culpa leve en abstracto, esto es, la diligencia que observaría el deudor medio, a saber, el buen padre de familia (CC, art. 1270). La verdad, indicaba acertadamente Lagrange, que no se encuentra en la ley base alguna para sostener la procedencia de la culpa levísima en materia extracontractual, por lo que la tendencia moderna ha de ser rechazar tal diferencia y juzgar con el mismo patrón de conducta, a saber, la culpa leve en abstracto[18].

2.6. *Solidaridad*

En cuanto a la posibilidad de dirigirse a uno de los autores del daño a reclamarle el pago del todo, hay una diferencia. En materia contractual, sabemos que la solidaridad no se presume sino que precisa pacto expreso, pues lo que ha de presumirse a falta de dicho pacto es la mancomunidad (CC, art. 1223)[19]. En tanto que en materia extracontractual rige el artículo 1195 CC que establece una solidaridad en la obligación de reparar a cargo de los coautores del hecho ilícito.

2.7. *Comunidad conyugal*

En materia contractual el cónyuge (marido o mujer) comprometen la responsabilidad de los bienes comunes por las obligaciones que contraiga como administrador de los mismos (CC, art. 168)[20]. En tanto que la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro ni en sus bienes propios ni en su parte de los comunes (CC, art. 167)[21]. Toda vez que

cl/.../**derecho**/...**Derecho**...**contratos/reparacion_danomoral_D** Indica la autora que modernamente el daño moral derivado del contrato es un principio básico de la responsabilidad civil con base a la principio de la reparación integral y presenta contornos que lo diferencian de la responsabilidad aquiliana; TSJ/SCC, Sent. Nº 000176 del 20-5-10.

18 Lagrange, *Apuntes*...

19 Véase *supra* tema 5.3.

20 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. Caracas, Paredes, 2014, pp. 137 y 138.

21 *Ibid.*, p. 136.

la materia extracontractual por hecho ilícito se considera personalísima, y prueba de ello es que las indemnizaciones recibidas por tal son propias o exclusivas del cónyuge afectado (CC, 152, num. 5)[22].

2.8. *Presunción de culpa por el solo incumplimiento del deudor*
Según indicamos en materia contractual figura una suerte de presunción de culpa derivada de la inejecución de la obligación, salvo que el deudor pruebe causa extraña no imputable[23]. La responsabilidad civil extracontractual general por hecho ilícito (1185 CC) precisa de la prueba de la culpa del agente del daño. Aunque veremos que existe tanto en materia extracontractual como contractual, casos de responsabilidad objetiva ajenos a la idea de culpa del agente y basados generalmente en la idea del riesgo-provecho.

2.9. *Requerimiento*
Vimos al referirnos a la mora, que por lo general en materia contractual se precisa el "requerimiento" u orden imperativa de pago salvo aquellos casos en que no es posible mora, se precisa el "requerimiento" u orden imperativa de pago, salvo excepciones, entre las que se ubica el caso del "hecho ilícito". Esto es, en materia contractual se precisa en principio "requerimiento" o intimación al pago, a diferencia de la materia extracontractual.

2.10. *Ilicitud del daño*
En cuanto al objeto de la lesión, no habría diferencias entre el ilícito contractual y el aquiliano. Ambos implicarían la transgresión de un deber preexistente. La distinción sólo se reduciría a una cuestión secundaria: en el ilícito aquiliano el deber recae en la generalidad de los individuos, por corresponder a un derecho absoluto; ínterin que, el daño contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente por tratarse de un derecho relativo[24].

3. El problema del "cúmulo" de las responsabilidades contractual y extracontractual[25]

Se alude a "cúmulo de responsabilidades", no para referir a la concurrencia de ambas responsabilidades (contractual y extracontractual)[26] sino a la

---

[22] *Ibid.*, p. 132.

[23] Véase *supra* tema 10.2.2.1.g.

[24] De Lorenzo, Miguel Federico: *El daño injusto en la responsabilidad civil (Alterum non laedere)*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 57-59.

[25] Lagrange, *Apuntes...*; Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 29-32; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 296-307; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 540-542; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 172-175; Mélich Orsini, José: *El Resarcimiento del Daño Moral en Materia Laboral y la Cuestión del Cúmulo de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual.* En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia.* Caracas, Fabretón, 1998, pp. 83-114; Pérez Bravo, Carlos: *La concurrencia de responsabilidades*, pp. 111-146, http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/8-Perez.pdf ; Corral Talciani, Hernán: Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes de trabajo. En: *Revista Chilena de Derecho Privado,* Nº 14, julio 2010, pp. 69-107, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000100003 .

[26] Véase: Madrid Martínez, *Breves consideraciones...*, p. 551 la expresión "cúmulo" es equívoca pues sugiere el goce simultáneo de las ventajas de ambas acciones.

posibilidad de optar por una u otra en caso de darse ambas. Siendo que realmente lo que acontecería es una "*opción*"[27] y no una "acumulación".

El asunto del cúmulo de responsabilidades trata de responder las siguientes preguntas: ¿Cuándo el deudor ha incumplido la obligación existe la posibilidad de hacer valer solo la responsabilidad contractual o puede si lo prefiere invocar por tal incumplimiento las reglas de la responsabilidad extracontractual?.

¿Qué interés podría tener el acreedor en invocar las reglas de la responsabilidad extracontractual? Pues por ejemplo podría escapar de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil; podría (aunque discutido) pretender la reparación del daño imprevisible, pretender la solidaridad pasiva (CC, art. 1195), evitaría tener que constituir en mora al deudor, podría aprovecharse de las normas que rigen en materia de guarda de cosas (CC, arts. 1192, 1193 y 1194). Pero podría acontecer que el acreedor tuviera interés en mantenerse dentro de la responsabilidad contractual para aprovecharse de la presunción de culpa del deudor respecto de incumplimiento; embargar bienes de la comunidad conyugal; atenerse al domicilio de elección escogido por las partes.

A ello se refiere el problema del "cúmulo" de responsabilidades, aunque la expresión indudablemente no es la apropiada, pues sugiere una adición o aplicación conjunta, cuando en verdad no se trata de eso. Pues no supone que el sujeto pueda acumular dos indemnizaciones por un mismo hecho lo cual sería absurdo porque se trata de dos regímenes diferentes no obstante la unidad de la responsabilidad civil. Más bien de lo que se trata es un asunto de "**opción**". En efecto, se trata de dilucidar si ante un mismo hecho puede el sujeto tomar la vía de la responsabilidad civil contractual o por el contrario la de responsabilidad extracontractual.

En la doctrina extranjera se alude a la "*concurrencia*"[28] o *"concurso"*[29] de la responsabilidad contractual y extracontractual y se afirma que constituye uno de los temas más ambiguos y peor tratados jurisprudencialmente, porque no se ofrecen criterios seguros[30]. Sin embargo, en España sin dejar de reconocer ciertas especificidades, se establece el principio de la unidad conceptual de la culpa civil, y la compatibilidad de la responsabilidad contractual y extracontractual[31].

---

[27] Pérez Bravo, *ob. cit.*, p. 111; Lagrange, *Apuntes*...

[28] Véase: Pérez Bravo, *ob. cit.*, p. 122, Respecto a la denominación, se suele emplear el término cúmulo, lo que es un error ya esto sería sumar y esto es inexplicable y conduciría a un enriquecimiento sin causa, pues no pueden sumar ambas acciones, sino que, por el contrario, se trata de diferenciar qué estatuto le aplicamos. Por ello, hoy en doctrina extranjera se habla de concurso o de concurrencia de responsabilidades.

[29] Véase: Corral Talciani, *ob. cit.*, "Estamos ante un supuesto de concurso, o como se le llama tradicionalmente "cúmulo".

[30] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 856.

[31] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 167

Ello podría presentarse respecto de aquellos supuestos que, al margen de la relación contractual que da origen a la obligación, el deudor incurra en responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de haber infringido el deber de no dañar a los demás o incurrir en abuso de derecho (CC, art. 1185). El criterio unificador con base a la unidad de la responsabilidad propugna un tratamiento individual de ambas categorías (contractual y extracontractual)[32].

En Venezuela la discusión relativa al *cúmulo de responsabilidades* contractual y extracontractual es aceptada por un sector de la doctrina[33] y rechazada por otro[34]. Por su parte, algunas decisiones judiciales parecen favorables a la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual luego de pasearse por la doctrina en la materia[35]. Refiere una decisión judicial "...lo que sí está claro en principio es que la responsabilidad contractual excluye en principio a la responsabilidad ordinaria por hecho ilícito o Aquiliana, por cuanto la fuente de tal responsabilidad es totalmente diferente en ambos casos y en la primera la culpa, la causalidad y el daño deviene del incumplimiento de normas contractuales y en la ordinaria de otras diferentes a las contempladas en el contrato"[36]. No obstante, debe tenerse claro que el problema del mal llamado "cúmulo" no pretende una concurrencia o simultaneidad de regímenes en principio incompatibles, sino la posibilidad de opción u escogencia a la víctima o deudor, de uno de ellos en caso de "concurrir".

---

[32] Véase: LLANOS LAGOS, *ob. cit.*, p. 24.

[33] Véase: ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: "*El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas en casos de mala praxis médica, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*". En: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 70-73; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La responsabilidad civil derivada..., ob. cit.,* pp. 157 y 158, la autora resume las condiciones que ha fijado la doctrina (Mélich y Sansó) para admitir su procedencia y reseña que la jurisprudencia ha llegado a admitir la concurrencia de responsabilidades; RODRÍGUEZ PITTALUGA, *ob. cit.,* p. 537.

[34] Véase: ADRIÁN, Tamara; "*Nuevas modalidades de responsabilidad civil y los vacíos del sistema*". En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, p. 430, critica la inusual solución jurisprudencial venezolana y agrega que las peripecias que deben hacer los demandantes para tratar de hacer ver al Juez la existencia de un hecho ilícito distinto del simple incumplimiento contractual tiene muchas veces más ejercicios de malabarismo jurídico que de examen riguroso de las situaciones involucradas; MÉLICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...,* T. I, p. 307, "evitar la contaminación de la teoría del contrato por aquellos principios que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual".

[35] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 9-8-06, Exp. BH02-V-2001-000036, http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1065-9-BHO2-V-2001-00036-.htm; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, Exp. FP02-A-2006-000009, http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2008/noviembre/1973-11-FP02-A-2006-000009-PJ0182008000836.html "la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado en torno a la posible acumulación eventual de responsabilidades.

[36] Véase: Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-8-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html.

Se afirma que la concurrencia de responsabilidades puede tener lugar por varias razones[37], a saber, porque aun existiendo un contrato, la responsabilidad pueda calificarse de extracontractual; que se trata de dos pretensiones distintas entender que el dañado puede "optar" a su conveniencia por una u otra, por tratarse de un concurso alternativo de pretensiones[38].

El problema no pareciera ser complicado cuando se ha violado una obligación estrictamente contractual. El problema se presenta en toda su agudeza cuando el incumplimiento del deudor viola además del derecho de crédito un derecho absoluto, esto es un derecho con una naturaleza distinta al derecho de obligación; que pudiera haber sido violado fuera del ámbito del contrato. Los ejemplos que se colocan son varios: el caso del médico que incurre en un error de diagnóstico o por impericia en la intervención causa un sufrimiento por propiciar un daño físico. Existe allí una violación del derecho de crédito derivado de la relación contractual pero también la infracción de un derecho absoluto. Otros ejemplos: cuando en las Farmacias el farmaceuta como era su función (no como ahora que son simples vendedores de remedios patentados) se equivocaba en la prescripción del medicamento. En el contrato de transporte en materia civil (pues en materia mercantil se rige por responsabilidad extracontractual) que entre sus obligaciones tiene que las cosas y personas lleguen sanas y salvas, pero suponga que la persona transportada muera. Que un club o centro de recreación no tenga las condiciones necesarias y por su descuido muera un cliente[39].

Es aquí donde la doctrina se divide: algunos sostienen que el interesado puede optar entre la responsabilidad contractual o extracontractual, porque esta última ofrece una protección general, basada en el deber genérico de que nadie le puede causar un daño a otro. Se sostiene que cuando uno entra en relación con otra persona no entiende disminuir esa protección general, sino por el contrario, se busca incrementar la tutela de los intereses. De lo que se deduce que estando dados sus requisitos podría optarse por la protección extracontractual. La cuestión estaría en considerar haciendo abstracción del contrato si ese hecho arbitrario en ausencia de contrato configuraría responsabilidad extracontractual. Y si la respuesta es afirmativa la víctima podría optar por tal protección.

Pero otros por su parte, sostienen que las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual no cumplen una función meramente ornamental sino que existen para configurar una situación especial distinta a la derivada de una relación contractual. Por lo que para esta tesis no habría posibilidad de "optar" o de "escoger" entre uno de los dos sistemas. Se añade incluso que ello no sería así, si las partes incluyeran en el contrato

---

37 Lagrange, *Apuntes*...

38 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 855 y 856.

39 Lagrange, *Apuntes*...

una cláusula que la permitiera acudir a la responsabilidad por hecho ilícito si la contractual fuese insuficiente[40].

Ahora bien, en nuestro país indicaba Lagrange, la discusión está abierta, la tendencia jurisprudencial "parece" (sólo eso) favorable a la opción[41]. Pues cuando se aprecian algunas sentencias –indicaba– se observan ciertas incoherencias que dejaban las dudas si se estaría al tanto del problema. En Francia, la tendencia es no permitir la opción. En Italia hay posturas divididas. En un país como Estados Unidos el Juez tiende a dictar la solución que más convenga al margen de precisiones teóricas. Pero en todo caso, la tendencia nacional parece apuntar a la opción. Ejemplo de ello, lo representa una decisión de la Sala Constitucional en materia de transporte aéreo que se muestra partidaria de la tesis dualista de la responsabilidad civil, teniendo por norte la necesidad de reparar el daño[42].

Y la verdad es que la posibilidad de la "opción", es la que más ampliamente proyecta en forma flexible la mejor protección del afectado, si éste decide hacer uso de la vía extracontractual o por el contrario de la vía contractual, siempre y cuando las condiciones están dadas en ambas. Se tendrá a nuestro entender la posibilidad de "optar", pero nunca de "acumular". Creemos sin embargo –aun cuando no sea la tendencia mayoritaria patria en la actualidad inclusive a nivel jurisprudencial– que el daño moral procede en materia contractual[43], al margen de la discusión relativa al cúmulo o más propiamente de la "opción". Esto es, consideramos que no se debería acudir a la problemática del cúmulo para justificar la procedencia del daño moral en materia contractual. Pues ciertamente, la violación de un derecho de la personalidad que es el presupuesto por excelencia del daño moral, puede existir en una relación contractual como es el caso de la responsabilidad civil del médico, según tuvimos oportunidad de explicar[44].

---

[40] Véase: Pérez Bravo, *ob. cit.*, p. 123: no es lógico entregar a la víctima el derecho de optar por uno u otro régimen. O se opta por un régimen unitario de responsabilidad o se establece de manera explícita el régimen resarcitorio a utilizar o se minimizan las diferencias entre ambas responsabilidades. Seguir en el actual estado lleva indefectiblemente a la injusticia.

[41] Véase: Rodríguez Pittaluga, *ob. cit.*, p. 534; TSJ/SCC, Sent. Nº 000549 de 11-8-14; TSJ/SCC, Sent. 00324 del 27-04-04; TSJ/SPA, Sent. Nº 00201 del 20-8-08; TSJ/SCC, Sent. Nº 000176 del 20-5-10; Véase: TSJ/SPA, Sent. 00325 del 28-2-07; Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas , Sent. 21-7-09, Exp. 2008-000214, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/JULIO/2176-21-2008-000214-.HTML .

[42] TSJ/SConst., Sent. Nº 1126 de 3-8-12, 11-1033, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1126-3812-2012-11-1033.html.

[43] Véase: Lagrange, *Apuntes*...

[44] Véase *supra* tema 10.2.3.4.f.

TEMA 14 La Regulación Convencional de la Responsabilidad Civil (Cláusulas Convencionales)[1]

SUMARIO: *1. Generalidades 2. Cláusulas de exoneración total 3. Cláusulas de responsabilidad limitada 4. Cláusulas de ampliación o agravación de la responsabilidad del deudor 5. La cláusula penal 6. Las arras*

1. Generalidades

La autonomía de la voluntad, cuyo límite lo determina el propio ordenamiento jurídico, puede encontrar aplicación en materia de regulación convencional o contractual de la responsabilidad civil.

Las cláusulas convencionales sobre responsabilidad pretenden regular una posible responsabilidad del deudor. Su objeto es establecer una regulación en tal sentido, sin remitir exclusivamente a la regulación legal. Entre sus ventajas se reseña que evita controversias o discusiones, aunque pueden servir también para extender la responsabilidad del deudor (en supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o culpa levísima) así como atemperar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. Son comunes en los contratos de adhesión. Tienen sus ventajas e inconvenientes, aunque puede verse como un medio técnico dirigido al cumplimiento de ciertos fines[2]. Entre las desventajas se cita que puede favorecer la negligencia del deudor[3]. Indica el artículo 1.276 CC: "*Cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras*".

---

[1] Véase: Mélich Orsini, José: *La regulación convencional de la responsabilidad civil y otras cláusulas accesorias de los contratos.* En: 200 años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal, Vol. II, 1989, pp. 87-154; Corsi, Luis: *Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la Responsabilidad contractual.* En: Revista de Derecho Nº 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 3-47; García de Astorga, Amarilis y Tanía González Bolívar: *Las cláusulas limitativas y de exoneración de la responsabilidad negocial en materias de seguro de Daños.* En: Revista de Derecho Privado Nº 1-4, Caracas, octubre-diciembre 1984, pp. 36-52; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 523 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 243 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 286-300; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 100 y 101; Muñiz Argüelles, Luis: *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses.* Bogotá, Temis, 2006; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 210-212; Puig I Fullol y otros, *ob. cit.*, pp. 323-325; Silva Ruiz, Pedro: *Cláusulas modificativas/ limitativas de la responsabilidad contractual (Derecho puertorriqueño y estadounidense).* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-24, www.acaderc.org.ar

[2] Corsi, *Contribución...*, p. 5.

[3] Lagrange, *Apuntes...*

Entre sus variantes o clases la doctrina ubica: 1. Las cláusulas de no responsabilidad o exoneración 2. Las cláusulas de responsabilidad limitada 3. Las cláusulas de agravación o ampliación de la responsabilidad 4. La cláusula penal y 5. Las arras.

2. Cláusulas de exoneración total

A tales cláusulas se les reconoce validez dentro de los límites generales de la autonomía de la voluntad[4]. No se admite sin embargo la exoneración de la responsabilidad en los siguientes supuestos:

2.1. Por *dolo o culpa grave*[5] (ej. Art. 1506 CC) por ser contrario al orden público y ser manifestación de una carencia de voluntad de obligarse, según se indicó a propósito de la culpa como requisito de la responsabilidad contractual[6]. No cabe pues exonerar por dolo o culpa grave.

2.2. Aquella referida a daños relativos al cuerpo u otros *derechos personalísimos*, toda vez que estos conforman derechos irrenunciables teñidos por la noción de orden público[7].

2.3. Violatorias del *orden público* entre las que cabe ubicar las cláusulas "*abusivas*"[8], aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones[9]. Siendo ejemplos de tales[10] las que imponen plazos de caducidad excesivamente cortos o pretenden requisitos de difícil verificación[11], que acortan el lapso de prescripción[12], que imponen regulación de jurisdicción,

---

[4] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 152.

[5] Véase: Corsi, *Contribución...*, pp. 19-22.

[6] Véase *supra* tema 10.2.2.1.

[7] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 80 y 81; De Freitas De Gouveia, *ob. cit.*, pp. 136 y 137.

[8] Aquellas desproporcionadas, excesivas y odiosas y por tal contrarias a la buena fe. Véase: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas abusivas...*, pp. 257-341; Corsi, *Contribución...*, pp. 27-43; Soto Coaguila, Carlos: *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nº 140, Vol. 69, 2002, pp. 179-220; Díaz Bravo, Arturo: *Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado (a la luz del Derecho mexicano)*, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Nº 57, 2002, pp. 441-452; Durán Rivacoba, Ramón: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Estudio comparado de la Ley española de 1998 y el ordenamiento peruano)*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 439-509; Chabas, Francois: *El régimen de las cláusulas abusivas y la protección para las partes consumidora y comerciantes*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 253-275; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 288; De Freitas De Goveia, *ob. cit.*, p. 49.

[9] Véase sentencia citada: TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 395, son contrarias a la buena fe y propician un desequilibrio de la prestaciones.

[10] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 536 y ss.; Acedo Sucre, *Cláusulas abusivas...*, pp. 273-289.

[11] Véase: Corsi, *Contribución...*, pp. 37-39.

[12] Véase: *ibid.*, pp. 35-37.

el sometimiento a arbitraje[13], la suspensión unilateral del contrato o la renovación automática del mismo y las limitativas del derecho a la defensa[14] como la inversión de la carga de la prueba[15] (así como imponer domicilio de elección o renuncia al domicilio en contratos de adhesión). La doctrina también ubica dentro de la noción de orden público la materia relativa al consumo, a propósito de la improcedencia de cláusulas de este tipo[16], que son comunes en los contratos de adhesión pero la ley especial trata de minimizarlas[17]. Se distingue también las cláusulas "sospechosamente abusivas" que agravan la responsabilidad de la contraparte del proponente de las condiciones generales de contratación[18].

2.4. Las relativas a *obligaciones esenciales*, esto es, aquellas que constituyan la esencia o fundamento de la respectiva relación obligatoria. En efecto, la doctrina extranjera ha indicado acertadamente que carecen de validez "las cláusulas que excluyen la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato excluyen a la vez la obligación misma. La voluntad de las partes ha sido no obligarse jurídicamente"[19]. Con base a dicho criterio pudiera concluirse que los casos de exoneración total de responsabilidad no podrían versar sobre obligaciones esenciales sino sobre las accesorias, esto es, aquellas que no sean determinantes en la esencia o cumplimiento de la prestación principal que propicia el contrato en cuestión, porque lo contrario refleja una ausencia de voluntad de obligarse. Tal sería el caso de que el transportista pretende exonerarse en caso de no cumplir el transporte.

---

[13] Véase: Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial E. 36.430 del 7-4-98), art. 6: "*...en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente*"; TSJ/SPA, Sent. Nº 672 del 10-6-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178361-00672-10615-2015-2013-0964.HTML ; Véase *infra* tema 20.4.8.

[14] Acedo Sucre, *Cláusulas abusivas* pp. 306-322.

[15] Corsi, *Contribución...,* pp. 39-42.

[16] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. III, p. 288.

[17] Véase: Madrid Martínez, Claudia: *Responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios*. En: Homenaje a Aníbal Dominici. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 74-80.

[18] Acedo Sucre, *Cláusulas abusivas...*, p. 290.

[19] Véase: Galindo Garfias, Ignacio: *La validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitativas de responsabilidad*, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/415/5.pdfp. 51. Agrega el autor que los elementos esenciales del contrato, así como la naturaleza jurídica y la función instrumental de cada contrato no puede ser desvirtuada por la autonomía de la voluntad (*ibid.*, p. 46). Véase en el mismo sentido: González Castillo, Joel: *Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites*. Revista Chilena de Derecho Vol. 38, Nº 1, 2011, pp. 89-100, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000100005&script=sci_arttext no cabe la exoneración de responsabilidad de "obligaciones esenciales"; "las exonerativas no serían válidas por falta de causa". Por ejemplo: acordar que el transportista no responde por el transporte de la mercancía o que el Porteador no responde por daños.

2.5. Cuando el hecho califica como *hecho ilícito*, pues no cabe excluir por acuerdo la procedencia de responsabilidad extracontractual, dada la admisión del cúmulo de la responsabilidad[20].

2.6. *Imposibilidad de dirigirse contra el patrimonio del deudor*: en sentido semejante a los anteriores se afirma que el citado principio de responsabilidad patrimonial universal se configura con "carácter imperativo (no dispositivo), por lo que no caben los pactos de exoneración de la responsabilidad que le impidan al acreedor en caso de incumplimiento dirigirse contra el patrimonio del deudor haciéndolo intocable[21].

3. Cláusula de responsabilidad limitada[22]

Refiere Mélich Orsini que las anteriores se distinguen de las cláusulas reguladoras de la responsabilidad civil que se refieren no a la configuración de la obligación en sí misma, sino al ulterior momento de su incumplimiento y de la sanción que engendra éste[23]. Las cláusulas de limitación ciertamente deben pactarse antes de que nazca la responsabilidad[24], tratan de moderar o matizar la responsabilidad ya en orden a la cuantía del resarcimiento, ya en tema de causa, esto es graduando la diligencia exigible, y con ello, la culpa del deudor[25]. Mélich coloca como ejemplo de las mismas aquellas que limitan la cuantía de la indemnización, que regulan la caducidad contractual y las que acortan el lapso de prescripción[26]. Aunque dado el carácter irrenunciable por anticipado que presenta la prescripción cabe dudar de la validez de esta última, amén que se presenta como abusiva[27] dada la limitación sustancial que supondría respecto del ejercicio de un derecho.

La doctrina extranjera coloca como ejemplos: aquellas que recaen sobre las condiciones de la responsabilidad en especial aquellas que establecen que solo se responderá si el incumplimiento deriva de un tipo de culpa o que solo se responderá si el daño a pagar es solo un daño emergente o un lucro cesante, o que se responderá sólo si el daño proviene de una específica causa. Con respecto a las cláusulas sobre los efectos de la responsabilidad

---

[20] ACEDO SUCRE, *Cláusulas...*, p. 296, pues la responsabilidad contractual no excluye la responsabilidad por hecho ilícito. Por lo que no es conforme a derecho.

[21] ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 213.

[22] Véase: ACOSTA, José Manuel: *Cláusulas restrictivas de responsabilidad: un acercamiento a sus principales problemáticas.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 277-291; GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual.* Madrid, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, 1965.

[23] Véase: MÉLICH, *Doctrina...*, p. 548.

[24] GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 91.

[25] LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 152. Véase también: GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 85, son aquellas que en cualquier modo limitan la responsabilidad contractual regulada legislativamente por el Código.

[26] MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 548.

[27] Véase: ACEDO SUCRE, *Cláusulas...*, p. 314.

es de destacar dos tipos, aquellas que recaen sobre el tipo de reparación y aquellas que recaen sobre el *quantum* de la reparación. Entre las cláusulas sobre aspectos procesales de la responsabilidad destacan, las de jurisdicción y competencia, sobre términos y plazos para ejercer acciones y sobre la carga de la prueba[28].

Refiere Lagrange que las mismas por aplicación de la autonomía de la voluntad pudieran limitar la responsabilidad del deudor en determinados supuestos, atribuir carácter compensatorio, prever una indemnización ante el incumplimiento, en caso de retardo, etc.

Aunque según indicamos se niega toda eficacia a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad patrimonial por su carácter universal, se admite doctrinariamente las cláusulas que limitan los supuestos que dan lugar a la responsabilidad, siempre que las mismas estén dentro de la materia permitida por la autonomía de la voluntad[29], por lo que los límites vienen dados por la ley, el orden público y las buenas costumbres (moral)[30]. Tales cláusulas son utilizadas habitualmente en la contratación en masa por lo que el Legislador ha tratado de evitar abusos[31].

4. Cláusulas de ampliación o agravación de la responsabilidad del deudor

Se admite que por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, las partes bien podrían pactar dentro de los límites del orden público, cláusulas que tiendan a agravar o ampliar la responsabilidad del deudor. Así pues se admiten entre éstas la posibilidad de disponer que el deudor responda inclusive por causa extraña no imputable[32], así como por culpa levísima[33].

Sobre la posibilidad de excluir la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya nos pronunciamos previamente por su negativa siguiendo la orientación de la doctrina de considerarla por esencia "imprevisible"[34], pudiendo llegar a constituir inclusive una cláusula abusiva porque a diferencia de pactar responder por causa extraña no imputable, que radica simplemente en trasladar el peso de una imposibilidad sobrevenida, la pretensión absoluta de excluir a la imprevisión bien pudiera llevar a la ruina de una de las partes, lo cual contraría la equidad, la justicia y el justo equilibrio de las prestaciones como principios o reglas básicas de la materia que nos ocupa.

---

[28] Gual Acosta, *ob. cit.*, p. 287.

[29] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 214; García Amigo, *ob. cit.*, p. 50.

[30] García Amigo, *ob. cit.*, p. 133.

[31] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 215; García Amigo, *ob. cit.*, p. 38, la mayoría de las cláusulas limitativas de responsabilidad se aprecian en los contratos de adhesión por lo que pueden configurarse abusos en este sentido y lindar con las cláusulas abusivas.

[32] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 288.

[33] Véase: Mélich, *Doctrina...*, p. 561; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 153.

[34] Véase *supra* tema 8.6; Lupini Bianchi, *Notas...*, pp. 320-322.

5. La cláusula penal[35]

Se manifiesta como un modo de responsabilidad distinto al legal, producto de la autonomía de la voluntad[36], pues "la voluntad es su única fuente"[37]. Constituye una "preconstitución contractual de una responsabilidad patrimonial particular para los casos de incumplimiento parcial, defectuoso, retraso o incumplimiento de una obligación"[38]. Se le denomina también "multa convencional"[39] y configura un arreglo anticipado de estimación de daños que pactan las partes[40]. Se trata de un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona a fin de reforzar el cumplimiento de una obligación, se compromete a satisfacer cierta pretensión indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente[41].

La cláusula penal también llamada pena convencional es una estipulación de carácter accesorio[42] por la que se establece una sanción, generalmente pecuniaria para el caso de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente su obligación.

---

35 Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268*, pp. 145-269; MÉLICH ORSINI, José: *La cláusula penal en los contratos y sus efectos.* En: Libro Homenaje a las X Jornadas "Dr. José Santiago Núñez Aristimuño" Maturín-Edo. Monagas. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 47-66; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *La cláusula penal en el Código Civil Venezolano.* Caracas, Academia de Ciencias Política y Sociales, Serie Estudios 99, 2011; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *La función indemnizatoria y de garantía de la cláusula penal.* En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés". Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Francaise. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 155-192; BERNAD MAINAR, *ob. cit.,* T. III, pp. 293-298; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 101-105; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 720-733; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *La cláusula penal.* Buenos Aires, Depalma, 1981; MÉLICH, *Doctrina...*, pp. 561-580; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 565-571; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 153-159; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 193-198; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 132-152; LOBATO, J.M.: *La cláusula penal en el Derecho español.* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 369-374; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 169-172; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 44-46; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 260-278; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 238-242; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 451-455; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 231-233; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Divisibilidad de la cláusula Penal.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-8, www.acaderc.org.ar ; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reducción de cláusula penal por abuso del derecho.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Revisión judicial de cláusulas penales* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-5-, www.acaderc.org.ar; FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 97-277; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 460-462; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 639 y 640.

36 LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 169.

37 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 45.

38 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, pp. 52 y 53; CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 99, es una convención de carácter accesorio añadida a una obligación principal que se integra en la promesa de realizar una prestación, ordinariamente pecuniaria y que se establece para el caso de que una de las partes no cumpla lo prometido.

39 ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 217.

40 SANOJO, *ob. cit.*, p. 102.

41 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 17.

42 Véase: LOBATO, *ob. cit.,* p. 18, la cláusula penal se puede establecer por negocio separado directamente relacionado con aquél y debería llamarse en sentido más amplio "pena convencional".

Para algunos la expresión “cláusula” es impropia, debiéndose más bien referirse a “estipulación” porque no necesariamente ha de encontrarse insertada en el contrato[43]. Se caracteriza por traducirse en un medio de garantía, ser accesoria[44] y ser subsidiaria pues salvo pacto en contrario no se puede exigir el cumplimiento y la pena. Puede tener modalidad sustitutiva o cumulativa, cuando sustituye los daños y perjuicios o es exigible además de éstos, respectivamente[45]. Se afirma que evita pleitos[46] porque no existirá una discusión relativa a los daños.

“La cláusula penal tiene por objeto que los daños y perjuicios acarreados por la mora o el incumplimiento de una obligación sean sustituidos por una pena estipulada de antemano por las partes, y es una manera de evitar engorrosas discusiones sobre la existencia o la entidad que realmente han alcanzado esos daños, que podrían resultar difíciles de probar, pero han quedado ya «prefijados» por voluntad de las partes”[47]. De allí que algunos la califiquen también como “valuación convencional del daño”[48]. Constituye una suerte de indemnización sustitutiva[49] que tiene su base en la autonomía de la voluntad.

La cláusula penal presenta la particularidad de ser un medio de garantía que no requiere la intervención de terceros ni la constitución de ningún derecho real para asegurar el cumplimiento de una obligación, aunque no atribuye al acreedor un derecho real de garantía[50]. Presenta la ventaja de fijar anticipadamente el monto por el posible daño, evitando discusiones y la intervención del Juez en la liquidación. La culpa no es determinante, se funda en el riesgo de un daño[51]. Se hace efectiva con el incumplimiento, exime de probar el daño al acreedor[52].

La cláusula penal no sólo tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación sino también prefijar anticipadamente la indemnización por daños y perjuicios[53], evitando así la incertidumbre de la cuantía de la

---

43 Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, p. 14.

44 Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 44 y 45.

45 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 143.

46 Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 460.

47 Moisset de Espanés, *Revisión...*, p. 1.

48 Véase: Ferreirós, *ob. cit.*, p. 97.

49 Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 21-5-15, Exp. BP02-R-2015-000099, http://anzoategui.tsj.gob.ve/**DECISIONES**/**2015**/.../1038-21-BP02-R-**2015**-000.

50 Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...*, p. 22.

51 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 55.

52 Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 219 y 220. Véase también: Ferreirós, *ob. cit.*, p. 116, releva al acreedor de la prueba de la existencia del daño que le hubiere requerido la teoría general.

53 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 289 y 290, subsidiaria porque sólo funciona cuando ya no se tiene acción, no se puede acumular el importe de la pena con la prestación principal.

indemnización[54]. Es sumamente útil porque exime al afectado de la necesidad de la prueba de la cuantía del daño[55].

Entre sus funciones[56] se ubica una *compulsiva* pues constriñe psicológicamente al deudor[57]; una *indemnizatoria* puesto que fija por anticipado una indemnización por daños y perjuicios[58]. El CC le atribuye así una función compulsiva, indemnizatoria y también resarcitoria, satisfactiva y probatoria[59].

De allí que se le atribuya una triple función.

a. *Resarcitoria o indemnizatoria* (fijación anticipada por posibles daños y perjuicios).

b. De *garantía o compulsiva* (el deudor ante el temor de pérdida económica se ve estimulado a cumplir)[60]. El instituto tiende a asegurar el cumplimiento de la palabra empeñada y al ponerse de acuerdo las partes anticipadamente en cuánto vale el incumplimiento del deudor se apunta la seguridad[61].

c. *Estrictamente penal* (pudiera pactarse exclusiva y simplemente a título de "pena" y no de indemnización, con lo cual coexistiría o se acumularía esta última[62]. En tal caso existe *pena cumulativa* cuando la cláusula penal se pacta conviniendo que en caso de incumplimiento el acreedor puede exigir además del cumplimiento forzoso la prestación prevista como pena[63]. Pero ello debe precisarse con claridad[64]

Dispone el artículo 1257 CC: "*Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o a hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento*". Ello ha llevado a la doctrina a distinguir que la cláusula

---

54 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 169.

55 Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 232.

56 Véase: Lobato, *ob. cit.*, pp. 30-34; Urdaneta Fontiveros, *La función indemnizatoria y de garantía...*, pp. 184-192.

57 Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...*, p. 30; Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, p. 3, alude a función compulsiva y aflictiva.

58 Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...*, p. 32; Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, pp. 5 y 6, opera como "tope convencional" de la liquidación de daños.

59 Véase: Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...*, pp. 34-40.

60 Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 239; Ferreirós, *ob. cit.*, pp. 105-107; Urdaneta Fontiveros, *La función indemnizatoria y de garantía...*, pp. 184-187.

61 Ferreirós, *ob. cit.*, p. 100.

62 Lagrange, A*puntes...*, refería que en el último caso se presentaría la pena en estado puro y no como compensación de daños y perjuicios, en cuyo caso la sanción sería doble. Señalaba no haber visto una en práctica; Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 566.

63 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 240.

64 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 455.

penal procede tanto en caso de incumplimiento total (1258[65] y 1259[66] CC) o parcial (1260[67]), así como en caso de retardo (1258 CC[68]). Lo que lleva a distinguir entre cláusula pena c*ompensatoria* y cláusula penal *moratoria*[69]

Entre sus caracteres se ubica ser preventiva[70], constituye una pena civil, es voluntaria, es condicional[71], subsidiaria[72] y accesoria[73]. Se alude a *accesoriedad* porque carece de sentido por sí sola y de allí que la nulidad de la obligación principal genere la cláusula penal[74], pero no viceversa[75] . Así mismo se afirma su *subsidiariedad* pues solo es exigible en caso de inejecución o retardo[76]. Se agrega que es *preventiva* porque pretende incentivar el cumplimiento del contrato y a su vez de ser el caso eliminar toda discusión relativa al monto de los daños y perjuicios y algunos incluyen *inmutable* salvo que medie acuerdo de las partes[77], o más precisamente en razón de esto último "*relativamente inmutable*"[78]. Tiene carácter *potestativo* para el

---

[65] *"La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal. El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por simple retardo"*.

[66] *"El acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada".*

[67] "*La pena puede disminuirse por la Autoridad Judicial cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte*". Véase sobre dicha norma: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 573 y 574, la norma permite al juez intervenir a solicitud del deudor y no de oficio, pero para el autor tal norma tiene carácter dispositivo por lo que puede ser eliminada por acuerdo de las partes.

[68] Ya así por ejemplo, refería Lagrange que es común en algunos contratos como el de suministro pactar determinada cantidad por cada día de retraso.

[69] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 564; Maduro Luyando, *ob. cit.*., pp. 565 y 566; Ferreirós, *ob. cit.*, pp. 100 y 101; Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, p. 161.

[70] Véase: Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, p. 86.

[71] *Ibid.*, pp. 84 y 85.

[72] *Ibid.*, p. 86.

[73] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 291-293; Ferreirós, *ob. cit.*, pp. 102-104; Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, pp. 63 y ss.; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 461.

[74] Sanojo, *ob. cit.*, p. 102.

[75] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 461.

[76] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 577-579, la existencia de una cláusula penal no impide al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación en especie. Tan sólo la vida de un puro cumplimiento por equivalente le está cerrada pues precisamente la figura es un instrumento para sustituir la misma; TSJ/SCC, Sent. Nº 500 de 5-8-14, http://www.tsj.gob.ve/**decisiones**/scc/Octubre/RC-00765-241007-07078.html si el obligado cumple, desaparecen los daños y perjuicios, salvo que se estipulen éstos por el simple retard; TSJ/SCC, Sent. Nº 765 del 24-10.07, http://www.tsj.gob.ve/**decisiones**/scc/Octubre/RC-00765-241007-07078.html; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, Sent. 6-5-2015, Exp. 14.422, http://carabobo.tsj.gob.ve/**DECISIONES**/**2015**/MAYO/732-6-14.422-.HTML pretender el cumplimiento de una obligación conjuntamente con la compensación de daños y perjuicios establecidos como cláusula penal (sin que esté previsto el pago de ésta por el solo retardo) son pretensiones excluyentes, habida cuenta que la cláusula penal es consecuencia de la inejecución".

[77] Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...,* pp. 77-110. Véase sobre la inmutabilidad: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 561 y 562; Maduro Luyando, *ob. cit.*., p. 567; Ferreirós, *ob. cit.*, p. 103.

[78] Véase: Ferreirós, *ob. cit.*, pp. 121 y 122, por cuestiones de seguridad alude a la imposibilidad del acreedor de pretender un monto superior al estipulado y al deudor de pretender disminuir ese mon-

acreedor, quien puede pedir al deudor constituido en mora la ejecución de la obligación principal en lugar de la pena estipulada (CC, art. 1259) en cuyo caso el deudor no puede pretender liberarse cumpliendo la pena, sino que quedará obligado al cumplimiento de la obligación principal[79].

Se discute la relación entre cláusula penal y prohibición de usura[80], aunque cabe recordar que no tiene necesariamente que limitarse al interés legal porque desempeña una función diferente[81]. Para algunos la cláusula penal podría coexistir con la indemnización por la pérdida del valor adquisitivo, pues una responde a la penalidad contractual y la otra por preservar el equilibrio económico[82]. Otros afirman que la cláusula penal no puede ser indexada[83]. Para tomar partido debe precisarse si la cláusula penal busca simultáneamente proteger de la inflación, pues de lo contrario quedaría en desventaja con relación a la liquidación judicial respecto de la que el Juzgador toma en cuenta el momento de dictar el fallo.

La discusión de la corrección monetaria no debe ser óbice para sostener que debe guardar la debida proporcionalidad. De allí que se aluda a la posibilidad de cláusulas penales abusivas inclusive en perjuicio del acreedor que excluirían la validez de las mismas por aplicación de la regla de la reparación integral[84] y la proporcionalidad de las prestaciones. Así mismo se señala que no debe exceder en cuantía la obligación principal pues tiene por fin resarcir el valor total de la obligación incumplida pero no más[85]. Se admite en forma interesante que cuando se debilite su función indemnizatoria excepcionalmente bien podría consistir en una prestación de hacer

---

to; Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, pp. 86 y ss., alude a "inmutabilidad relativa". Véase aludiendo a que es mutable porque su importe puede ser graduado en proporción al incumplimiento: Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 233.

79 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 567.

80 Véase: Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...*, pp. 137-149; Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 575-577.

81 Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...*, p. 141. Véase: Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y del Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 5-3-08, Exp. 07-3059, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/marzo/1322-5-07-3059-025.html "...la cláusula penal se pactó para el caso de que hubiera incumplimiento por la parte compradora y siendo que la propia legislación venezolana prevé este tipo de cláusulas para los contratos, lo que significa que es lícita, se debe concluir que la misma es válida en el contrato de compra venta con garantía hipotecaria que aquí se busca ejecutar y que por tal razón no hay usura".

82 AMCS9CMT, Sent. 4-2-98, J.R.G., T. 146, pp. 69 y 70, son dos cosas distintas la cláusula penal y la indemnización que debe el deudor moroso por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pudiendo coexistir ambas. Véase en el mismo sentido reseñando la jurisprudencia argentina: Vinini, *ob. cit.*, pp. 236 y 237.

83 AMCS9CMT, Sent. 12-3-99, J.R.G., T. 152, pp. 45 y 46, cuando las partes han estipulado en el contrato una cláusula penal y han limitado la posible responsabilidad por incumplimiento al pago de cierta suma, estas no pueden ser indexadas.

84 Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 575.

85 Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 233.

e inclusive de no hacer[86]. Siendo una figura de interpretación restrictiva o estricta[87], aun cuando ha de interpretarse de buena fe[88].

Finalmente, el CC prevé dos normas relativas a la pluralidad de sujetos vinculados por la obligación principal o por la pena[89], en caso de divisibilidad de la obligación principal (1262[90] CC) o de indivisibilidad de la obligación principal (1261[91] CC). Las citadas disposiciones se refieren a la indivisibilidad o divisibilidad de la obligación principal pero no se plantea que la pena sea indivisible, en cuyo caso podrá ser íntegramente demandada a cualquiera de los deudores sin perjuicio del artículo 1256 del CC[92]. Ello debe ser pactado expresa y claramente dado el carácter restrictivo de la cláusula penal.

6. Las arras[93]

Se trata de uno más de los posibles mecanismos de refuerzo del crédito con que cuenta el acreedor[94]. Las arras denotan la idea de garantía, prenda o señal, cuyo origen parece remontarse a las costumbres de los mercaderes hebreos, cartagineses y fenicios[95].

En efecto, se denomina arras o "señal" que viene a ser la entrega de una cantidad de dinero u otra cosa fungible con motivo de la celebración

---

[86] Véase Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, pp. 40 y 41.

[87] Véase: Urdaneta Fontiveros, *La cláusula...*, pp. 40-42; Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, pp. 21-24; Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 56; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 218; Ferreirós, *ob. cit.*, p. 104, agrega que podría ser estipulable a favor del acreedor o de un tercero.

[88] Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, p. 20.

[89] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 579-581.

[90] "*Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal es divisible no se incurre en la pena sino por el heredero del deudor que contraviniere a la obligación, y sólo por la parte que le corresponde cumplir en la obligación principal, sin que pueda obrar contra los que la han cumplido. Esto no sucede cuando habiéndose establecido la cláusula penal para que no pueda hacerse parcialmente el pago, un coheredero ha impedido que la obligación se cumpla totalmente. En este caso puede exigirse de él la pena íntegra, o bien a los demás herederos la porción correspondiente, salvo a éstos la acción de regreso contra aquél por cuyo hecho se haya incurrido en la pena*".

[91] "*Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal sea indivisible, se incurre en la pena por contravención, de uno solo de los herederos del deudor; y puede demandársela, ya íntegramente al contraventor, ya a cada heredero por su parte correspondiente, salvo siempre el recurso contra aquél por cuyo hecho se ha incurrido en la pena*".

[92] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 581.

[93] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1988, pp. 271-263; Urdaneta Fontiveros, Enrique: *Las arras en la contratación.* Caracas, Academia de Ciencias Política y Sociales. Serie Discursos 3, 2010; Kummerow, Gert: *La función resarcitoria de las* arras. Caracas, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo, 1961; Mélich Orsini, *Doctrina..*, pp. 581-586; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 298-300; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 568 y 569; Sanojo, *ob. cit.*, p. 105; Dominici, *ob. cit.*, p. 733; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 198-201; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 172 y 173; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 278-280; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 242-244; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 456-464; Ferreirós, *ob. cit.*, pp. 110-112.

[94] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 456.

[95] Urdaneta Fontiveros, *Las arras...*, p. 43.

del contrato, a fin de asegurar su posición en el contrato. Precisa para su perfección de la entrega de dinero o la cosa y de allí su *carácter real*, por lo que no basta la promesa sino la efectividad.[96]

Su relación con la cláusula penal implica que se trata de una función indemnizatoria pero no idéntica, ya que la cláusula penal funciona por incumplimiento obligacional imputable al deudor, y las arras lo hacen indemnizatoriamente cuando algunas de las partes se arrepiente y disuelve la obligación, sin que haya caído en incumplimiento[97]. Aunque se diferencia en que las arras existen en beneficios de ambas partes en tanto que la cláusula penal solo en beneficio del acreedor. Las arras no surgen como obstáculo a los efectos del resarcimiento del daño mayor del acreedor: en cambio en la cláusula penal, su propia existencia limita la indemnización al importe de la pena[98]. Se indica que las arras funcionan como una suerte de pago por renunciar al contrato que garantizan pero que efectuado éste, bien puede el interesado acceder a demandar los daños y perjuicios[99]. No pueden estipularse a favor del que no es parte[100].

Las arras se clasifican en confirmatorias o penales y penitenciales o de retracción[101]. Las arras pueden ser co*nfirmatorias* o penales (cumple una función de prenda), operan como prueba y señal de la existencia de un contrato, nada prejuzgan sobre la cuantía de la indemnización, son inoperantes salvo la función que cumplen de evidenciar obligación contraída[102]. En caso de incumplimiento por quien las entregó, éste las perderá y si el incumplidor es el que las recibe las devolverá dobladas.

Dispone el artículo 1263 CC: "*A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención. Si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de las que haya dado*". Se aprecia que se trata de una norma dispositiva por lo que las partes pudieran disponer otra distribución de la pena para el caso de contravención.

Pero las arras también pueden –menos comúnmente– ser *de arrepentimiento, desistimiento* o *penitenciales* (constituyen un medio de resolver el contrato)[103]. Estas últimas no reguladas en el CC pero aceptadas por aplicación de la autonomía de la voluntad, acontecen cuando una parte entrega a

[96] Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 221 y 222.

[97] Ferreirós, *ob. cit.*, p. 111.

[98] *Ibid.*, p. 112.

[99] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 585.

[100] Dominici, *ob. cit.*, p. 733.

[101] Urdaneta Fontiveros, *Las arras...*, pp. 45-61; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 242.

[102] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 172.

[103] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 146; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 172 y 173.

otra dinero u otra cosa fungible para reservarse la posibilidad de separarse unilateralmente del contrato. Las arras penitenciales no cumplen como las confirmatorias una función de resarcimiento del daño. Sino que con la dación de ellas lo que se adquiere, es el derecho de separarse legítimamente del contrato. En el entendido de que si ejerce esa posibilidad, esa opción, pierde lo entregado a título de arras[104].

Con base a lo indicado, entre los efectos de las arras de garantía se indica que constituyen indemnización de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento culposo, por lo que da derecho a la parte que no ha incumplido a retener su importe si es la que los ha recibido de exigir el doble de su valor si es la parte que las ha dado. La parte que reciba las arras está obligada a custodiarla. Si el contrato se ejecuta aunque sea con retraso, las arras se imputan al precio a menos que las partes dispusieren lo contrario[105]. Lagrange comenta que no ocurre o no es común en la práctica pactar arras por el mero retardo[106].

---

[104] Lagrange, *Apuntes*...

[105] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 569.

[106] Lagrange, *Apuntes*...

TEMA 15
Transmisión de las Obligaciones[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Evolución histórica 3. Clasificación 4. La cesión de créditos 5. La asunción, cesión o transmisión de deuda 6. Cesión del contrato 7. Cesión de bienes*

1. Noción

El tema de la transmisión de las obligaciones estudia la continuidad de la obligación entre personas distintas a los sujetos primitivos[2]. Se asocia a la relación creada por el contrato entre los que lo celebraron inicialmente y otros sujetos que se sustituyan en tales: esto es, la posición inicialmente ocupada por las partes puede llegar a ser sustituida en otras personas[3]. Alude a transmisión de la obligación para referirse a la aptitud del vínculo obligatorio para pasar de un sujeto a otro sin alteración de su esencia[4]. La figura se asocia al cambio de sujetos que conforma la relación obligatoria. Puede ser *activa* o *pasiva* según se refiera al acreedor o al deudor. Puede ser por *acto entre vivos* o *mortis causa*, siendo esta última consecuencia de la sucesión hereditaria[5]. La "sucesión en los créditos" puede tener lugar por sucesión universal en caso del heredero o por vía de cesión de créditos bien sea por un negocio jurídico, por la ley o la autoridad judicial[6].

2. Evolución histórica

En Roma la obligación en principio tenía un carácter personalísimo pero lentamente ello fue transformándose. La figura se presentaba así extraña en el Derecho Romano, esto es, la cesión o sucesión de la relación obligatoria a título particular, a excepción de la transmisión por causa de muerte. No quedaba otra vía que la novación, aunque el Derecho moderno tiende a ver la relación obligatoria de manera objetiva. La evolución no es aún definitiva pues si bien todas las legislaciones admiten la transmisión de créditos la

---

[1] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 278-294; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 315-321; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 779-815; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 163; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 413-433; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 129-132; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 301 y ss.; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 299-309; Martínez de Aguirre, Carlos: *La transmisión activa y pasiva de las obligaciones en el Derecho Navarro*, pp. 9-29, http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero; Dorr Zegers, Juan Carlos: *De la cesión de deudas y contratos.* Revista Chilena de Derecho Vol. 16, 1989, pp. 13-25, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649628.pdf *;* Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 337-369.

[2] Algunos se refieren al punto a propósito de la "modificación de la obligación", considerando la novación, la cesión de crédito, la asunción y delegación de deuda y la cesión de contrato: López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 193 y ss.

[3] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 483.

[4] Lagrange, *Apuntes*...

[5] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 137.

[6] Larenz, *ob. cit.*, p. 452.

pasiva (cesión o asunción de deudas) es admitida parcialmente. La cesión de deudas[7] inclusive en Venezuela no ha podido separarse de la novación.

3. Clasificación

3.1 *Según la naturaleza de la causa*

3.1.1. Transmisiones mortis causa o por acto entre vivos

Sucesión *mortis causa*: se distingue a título universal (heredero) de la sucesión a título particular (legatario), aunque se aclara que éste más que sucesor es un causahabiente porque no sustituye necesariamente al causante a diferencia del heredero[8]. Pues causahabiente es todo aquél que recibe un derecho de otro cualquiera que sea el título[9] entre particulares (CC, arts. 1163[10], 995, 110, 1112 y 1036) –a favor del Estado (CC, arts. 1060, 1065)–. La regla es que a la muerte de una persona se transmiten sus derechos patrimoniales a excepción de algunos[11]. Y si el heredero no aceptó la herencia a beneficio de inventario su patrimonio se confunde con el del causante y responde por las deudas de éste, amén de constituirse en acreedor de sus créditos.

La transmisión a título particular puede acontecer *mortis causa* en caso del legado, el cual tiene lugar necesariamente mediante el acto testamentario (puede existir legado de crédito, de liberación de deuda; no se puede legar propiamente una deuda salvo que se obtenga tal resultado como una suerte de carga como contraprestación u otro beneficio). La sucesión *mortis causa* es materia de Derecho Sucesorio[12].

Trasmisiones por acto entre vivos: la sucesión a título particular por acto entre vivos nos coloca frente a las figuras relativas a la cesión de crédito desde la perspectiva del acreedor o la discutida figura de la asunción de deuda en la que se pretende la transmisibilidad del lado pasivo (deudor). Es un fenómeno universal la admisión de la cesión de créditos porque al deudor le debe ser indiferente a quién tiene por acreedor. Se incluye también, la cesión del contrato.

3.1.2. *Según la fuente, la transmisión puede ser legal o puede ser voluntaria*: la primera cuando la ley ante ciertas condiciones dispone que el

---

7 Véase sobre ésta como "transmisión pasiva de las obligaciones": Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 809-815.

8 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho Sucesorio.* Caracas, Edit. Texto, 2010, pp. 43-51.

9 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 318.

10 *"Se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato".*

11 Tales como la renta vitalicia, la obligación de alimentos, la sociedad civil (1673 y 1676 CC), el mandato (1704, ord. 3 CC), contrato de trabajo. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Inicio y extinción. De la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte).* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos Nº 17, primera reimpresión, 2010, pp. 213-218.

12 Véase: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio...*

puesto de un contratante pase a ocuparlo otra persona; en tanto que existe la segunda cuando la cesión es producto de la voluntad de las partes[13].

3.1.3. *Según que la transmisión comprenda un derecho de crédito o una obligación*, se alude a transmisiones **activas o pasivas**, según que la cesión opere con relación al acreedor o al deudor, respectivamente.

3.1.4. *Según la naturaleza de la persona o personas que suceden a los sujetos de la relación obligatoria*: transmisión a causahabientes universales o a título universal y a título particular (*mortis causa* es el legado y por acto entre vivos es *cesión de créditos*).

4. La cesión de créditos[14]

4.1. *Noción*

La cesión de créditos está regulada en los artículos 1549 al 1557 del Código Civil a propósito del contrato de venta o más precisamente de "compraventa", aun cuando veremos de seguidas, que ésta es solo una de las formas en que pudiera manifestarse dicha figura.

Se trata de un negocio jurídico por el que se transmite de una persona a otra el derecho de crédito[15]. La figura de indiscutible utilidad práctica[16], produce la modificación de la obligación por la sustitución de la persona del acreedor. La esencia del instituto es la sustitución del antiguo acreedor por el nuevo, sin novación de la relación obligatoria[17]. El carácter patrimonial del crédito y su posibilidad de circular son hechos indiscutidos[18].

[13] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 484.

[14] Véase: De Jesús, Alfredo: *La cesión de créditos*. Caracas, Tipografía principios, 2002; Andueza A., Enrique: *De la cesión de créditos y otros derechos*. Caracas, Mata y Aguilera Editores Asociados, 1982; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 781-788; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 141-150; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 89-94; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 425-431; Lasarte, *Derecho...*, pp. 173-177; Sánchez Cid, Ignacio: *Lecciones de Derecho Civil (parte general, obligaciones y contratos)*. España/Salamanca, Ratio Legis, 2012, pp. 259 y 260; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 301-303; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 478-485; Medina De Lemus, Manuel: *Derecho Civil II (conforme al Plan de Bolognia)*. Madrid, edit. Dilex S.L, 2012, pp. 123-125; Larenz, *ob. cit.*, pp. 452-460; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 195-198; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 494-509; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 138-145; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 386-390; Castillo Mayorga, Fernando Alfredo: *La cesión de crédito*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 415-434; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 329-334; Represa Polo, María Patricia: *Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio*. En: InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, mayo 2009, pp. 1-33. http://www.indret.com ; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 233-246; Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-4-10, Exp. AH17-B-1998-000003, http://caracas.tsj.gob.ve/**DECISIONES**/.../2122-29-AH17-B-1998-000003-PJ0 ; TSJ/TSC, Sent. Nº 00717 del 27-7-04; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BH04-X-2010-000021, http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BH04-X-2010-000021-PJ4120100000

[15] Martínez de Aguirre, *ob. cit.*, lo que marca la diferencia sustancial con la novación.

[16] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 781.

[17] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 478, no existiendo novación por cuanto no se extingue la obligación anterior creando una nueva sino que se mantiene la misma.

[18] Castillo Mayorga, *ob. cit.*, pp. 415 y 416.

"En un sentido amplio supone un negocio jurídico en virtud del cual un acreedor transmite su crédito a un tercero. Tal transmisión puede tener lugar a título oneroso (venta o permuta), a título gratuito (donación) o a título de garantía. El nuevo acreedor sustituye al anterior acreedor en la respectiva relación obligatoria. La doctrina reseña que en un sentido restringido la cesión de créditos es el contrato en virtud del cual el cedente se obliga a transferir un crédito al cesionario; constituye una especie del género del contrato de venta en cuanto no existan reglas específicas en materia de cesión de créditos"[19]; o una especie dentro del género cesión de derechos[20]. De allí se afirma que se trata de una modalidad de cesión de derechos consistente en la transmisión de un derecho de crédito de una persona a otra, no obstante la obligación sigue siendo la misma que era[21].

La cesión de créditos implica así la transmisión del lado o aspecto activo de la relación obligatoria a través de cualquier modalidad de negocio jurídico (compraventa, permuta, donación, dación en pago, etc.). De allí que se afirme que la cesión de un crédito independientemente de cuál sea el negocio jurídico del que trae causa supone la transferencia de la titularidad activa del crédito del acreedor actual (cedente) al nuevo acreedor (cesionario) y aunque estas son las partes en el negocio de cesión y, consecuentemente, sólo a ellas vincula el mismo, sin duda alguna éste afecta a terceros y especial o directamente al deudor de la obligación cedida; quien desde el momento de perfección de la cesión tiene un nuevo acreedor frente al que cumplir su deuda[22].

Rige al efecto, la libertad de forma y ausencia de formalidades especiales al amparo del artículo 1549 del CC. Basta el mero consentimiento y la

---

[19] Véase: Domínguez Guillén, *Diccionario…*, p. 32 (se cita a Aguilar Gorrondona); López y López y otros, *ob. cit.*, p. 195, la cesión de crédito es un negocio jurídico celebrado por el acreedor de una relación obligatoria (cedente) con una tercera persona extraña a dicha relación (cesionario) con la finalidad de producir la transferencia de la titularidad del crédito entre uno y otro; TSJ/TSC, Sent. Nº 00717 del 27-7-04; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BH04-X-2010-000021, http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BH04-X-2010-000021-PJ4120100000. La cesión de crédito constituye una especie dentro del género cesión de derechos, que en nuestro Código Civil se la concibe como una figura especial del contrato de venta (artículos 1.549 al 1.557); Ghersi, *ob. cit.*, p. 425, "La cesión de crédito es un contrato por medio del cual un acreedor le transmite a otro sujeto su calidad de tal en una relación obligacional".

[20] Indica Lagrange (*Apuntes…*) que la cesión de crédito es una especie de la cesión de derechos, en la que el acreedor originario viene a ser sustituido por un nuevo acreedor. La palabra "cesión" más que el negocio jurídico del que se trate lo que designa es el resultado del mismo, pues la causa puede ser diversa (venta, permuta, donación, garantía, dación en pago, etc.); Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 2-11-05, Exp. BH13-L-2004-000208, http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../2005/.../1401-2-BH13-L-2004-000208-.HTML; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BH04-X-2010-000021, http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BH04-X-2010-000021-PJ4120100000 (citada supra).

[21] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 141.

[22] Represa Polo, *ob. cit.*, p. 3.

tradición se hace con la entrega del título del crédito[23]. Desde el punto de vista económico pueden cederse los créditos con el fin de convertir valores patrimoniales en dinero[24]. Es una figura que posee en la práctica variado interés a objeto de simplificar los negocios jurídicos, permitir la disponibilidad inmediata del crédito y evitar litigios[25].

La transmisión de la posición de acreedor por acto *inter vivos* a título singular suele denominarse cesión del crédito. Generalmente el crédito se cede mediante negocio jurídico entre el primitivo acreedor (cedente) y un tercero (cesionario) que viene a ocupar su lugar, por cualquier modalidad de negocio jurídico[26]. Por lo que algunos refieren que no es un contrato sino que es un efecto jurídico que se puede conseguir por muchos contratos[27]. El acreedor sin ninguna injerencia o participación del deudor puede disponer libremente del crédito; puede transferir o trasladar a otra persona el elemento activo de la obligación[28].

Se cita como casos especiales de cesión de crédito: la cesión de derechos hereditarios (CC, art. 1556[29]) y la cesión de derechos litigiosos[30] (CC, art. 1557[31]). Podría incluirse la cesión de crédito hipotecario[32] (CC, art. 1882) y la cesión

---

23 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 143.

24 Medina De Lemus, *ob. cit.*, p. 124.

25 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 497 y 498.

26 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 167.

27 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 123.

28 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 302.

29 "*Quien venda una herencia sin especificar los objetos de que se compone, no está obligado a garantir sino su calidad de heredero. Si se había aprovechado ya de los frutos de algún fundo o cobrado algún crédito perteneciente a la herencia, o vendido algunos efectos de la misma, está obligado a reembolsarlos al comprador, a menos que se los haya reservado expresamente en la venta. El comprador, por su parte, debe reembolsar al vendedor lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y abonarle lo que éste le deba, cuando no haya estipulación en contrario*". Véase "Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios": Salas, Acdeel E. *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, pp. 539-561; Lafont Pianetta, Pedro: *Derecho de Sucesiones*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 5ª edic., 1989, pp. 205-223.

30 Véase: Mirabal Rendon, Iván A.: *La cesión de derechos litigiosos laborales enmarcada dentro del principio de irrenunciabilidad* . En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nº 127, 2007, pp. 161-188.

31 "*La cesión que hiciere alguno de los litigantes de los derechos que ventila a quien no es parte de la causa, después del acto de la contestación al fondo de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitivamente firme, no surte efectos sino entre el cedente y el cesionario. Sin embargo, cuando se haga constar en los autos que la parte contraria acepta la cesión, surtirá ésta inmediatos efectos contra aquélla, y en sustitución del cedente, se hará el cesionario parte en la causa*"; Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 14-2-08, Exp. 1909-02, http://caracas.tsj.gob.ve/**decisiones**/2008/febrero/2124-14-1909-02-.html; Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-11-14, Exp. AP11-V-2014-000108, http://caracas.tsj.gob.ve/**DECISIONES**/.../2125-7-AP11-V-2014-000108-.HTMLVéase sobre la cesión de créditos litigiosos: Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, pp. 132 y 133.

32 Véase: Gorrín Falcón, Guillermo: *La cesión del crédito garantizado con hipoteca*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 615-655; De Jesús, Alfredo: *La cesión de créditos*

del crédito asegurado con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 1972 (art. 15)[33]. Algunos incluyen la fusión de sociedades (arts. 343 y 346 del CCom.).

4.2. *Elementos de la cesión*

4.2.1. *Subjetivos o personales:* personas que integran la cesión, son acreedor primitivo o cedente, el nuevo acreedor o cesionario y deudor o cedido. Vale recordar que se trata pues de un negocio transmisivo mediante el cual el acreedor y un tercero ajeno a la relación obligatoria convienen en que el adquirente pase a ocupar la posición del acreedor. Se llama *cedente* al acreedor originario, *cesionario* al tercero que adquiere el derecho y *cedido* al deudor[34]. "la cesión de crédito nace de un contrato entre el acreedor original (cedente) y el nuevo acreedor (cesionario), mediante el cual el cedente se obliga a transferir y garantizar al cesionario el crédito u otro derecho"[35]. El deudor cedido no interviene en la operación, con relación a la cual es un tercero[36], aunque precisa ser notificado a los fines de que la misma surta efectos frente a él.

4.2.2. *Objetivo*: el elemento objeto de la cesión de créditos es evidentemente como su denominación lo indica "el crédito que se cede"[37] constituido por el derecho de crédito y la respectiva acción. Pueden ser cedidos todos los créditos menos los de carácter eminentemente personal, los que prohíba la ley y los que no puedan transmitirse por disposición expresa de las partes[38]. De allí que se afirme que el crédito debe ser "transmisible"[39].

4.2.3. *Elementos formales*: dispone el artículo 1549 CC: "*La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectas, y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito o derecho cedido y el precio, aunque no se haya hecho tradición. La tradición se hace con la entrega del título que justifica el crédito o derecho cedido*". Rige pues la regla de la consensualidad (CC, art. 1549) pero hay excepciones si

---

hipotecarios y la regla del accesorio. En: Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje Nº 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 133-157; De Jesús, Alfredo: *La cesión de créditos hipotecarios y la regla del accesorio en el Derecho Civil venezolano.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 937-954.

[33] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 146.

[34] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 386.

[35] TSJ/SCC, Sent. Nº 00717 del 27-7-04; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BH04-X-2010-000021, http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BH04-X-2010-000021-PJ4120100000.

[36] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 494.

[37] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 480.

[38] Lagrange, *Apuntes*..., señala que el elemento real es el crédito. Todos los créditos en principio pueden ser cedidos salvo, aquellos de naturaleza estrictamente personal, los que la ley lo prohíbe como el de alimentos (CC, 296); aquellos en que se ha pactado incedibilidad. Si el acreedor en tal caso viola el pacto la cesión pudiera ser válida si el tercero adquirente desconocía ese pacto de incedibilidad.

[39] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 387.

por ejemplo se pretende una donación (CC, art. 1439). En cuanto al efecto cabe considerar el artículo 1550 CC.

4.3. *Efectos de la cesión*

4.3.1. *Entre las partes*: además del referido artículo 1549 CC, cabe citar las otras normas legales: La venta o cesión de un crédito comprende los accesorios de ese crédito, tales como las cauciones, privilegios o hipotecas (CC, art. 1552). Quien cede un crédito u otro derecho responde de la existencia del crédito al tiempo de la cesión, a no ser que se haya cedido como dudoso o sin garantía (CC, art. 1553). El cedente no responde de la solvencia del deudor, sino cuando lo ha prometido expresamente, y sólo hasta el monto del precio que se le haya dado por el crédito cedido (CC, art. 1554). Cuando el cedente ha garantizado la solvencia del deudor y nada se ha convenido sobre la duración de esta responsabilidad, se presume haberla limitado a un año, a contar desde la época de la cesión del crédito, si el plazo de éste estaba ya vencido. Si el crédito es pagadero en un término que aún no está vencido, el año correrá desde el vencimiento. Si el crédito es de una renta perpetua, la responsabilidad de solvencia se extinguirá por el lapso de diez años, a partir de la fecha de la cesión (CC, art. 1555).

4.3.2. *Frente a terceros*: el cesionario no tiene derecho contra terceros sino después que la cesión se ha notificado al deudor, o que éste la ha aceptado (CC, art. 1550). El deudor queda válidamente libre si paga al cedente antes que por éste o por el cesionario se le haya notificado la cesión[40]. Se exceptúan los documentos que llevan la aceptación explícita o implícita del deudor (CC, art. 1551)[41]. El deudor debe tener conocimiento de la cesión de crédito, pero más que un requisito es una carga que tiene el nuevo acreedor. Pues el deudor no puede considerarse vinculado a este último sino desde que tiene conocimiento de la cesión[42]. 3. Frente al deudor: queda obligado igual que anteriormente y puede oponer las mismas excepciones.

4.4. *Clases de cesión de créditos*[43]

Se puede distinguir la cesión *contractual* o convencional que es la cesión por excelencia y la que se entiende referir cuando se alude a “cesión” a secas; por oposición a la cesión *legal,* como es el caso del deudor solidario que paga y puede dirigirse contra sus codeudores (CC, art. 1238), la que tiene lugar por subrogación legal (CC, art. 1300) y la cesión *judicial* que acontece mediante la adjudicación de un crédito en remate judicial por providencia del Juez.

---

[40] Véase: Represa Polo, *ob. cit.*, pp. 5 y 6, “Resulta, pues, incuestionable que la cesión es un negocio bilateral entre cedente y cesionario que no exige que en ningún momento intervenga el deudor”. Se encuentra generalizado en los ordenamientos reconocer eficacia liberatoria al pago hecho por deudor al acreedor inicial mientras no tenga conocimiento de la cesión. Ello no debe conducir a pensar que nos hallamos ante un presupuesto de eficacia de la cesión frente al deudor sino que constituye una medida de protección del deudor de buena fe”.

[41] Véase también: CC, Arts. 1337, 1162.

[42] Véase: O´Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 481.

[43] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 141.

5. La asunción, cesión o transmisión de deuda[44]

5.1. *Noción*

Se alude a sucesión en las deudas y en las relaciones obligatorias en general[45]. La cesión de deuda es el homólogo de la cesión de crédito; sobre el terreno de la lógica nada parece oponerse a su reconocimiento por el Derecho, pero muchas razones militan contra este negocio jurídico[46]. La asunción de deuda o sucesión en la deuda supone la transmisión de la obligación desde el lado pasivo; es la sustitución de la persona del deudor por otra con respecto a la relación obligatoria sin extinción de ésta[47]. Si bien para algunos constituye un "hecho real de la vida jurídica" cada día de mayor frecuencia[48], que pudiera calificarse como un negocio jurídico de especie contractual[49].

5.2. *Problemática*

El cambio de deudor ha planteado mayores problemas que el cambio de acreedor en orden a su admisibilidad[50] y se comprende fácilmente que se tropiece con mayores dificultades[51]. Al acreedor no le resulta objetivamente indiferente quien sea su deudor, pues está de por medio no solo las eventuales condiciones morales sino su solvencia patrimonial. Pues la principal garantía del acreedor es el patrimonio del deudor. Por lo que la intervención del acreedor en la figura de la asunción de deuda es distinta a la del deudor ante el cambio de acreedor[52]. Hemos dicho que la cesión de un crédito no ofrece mayores dificultades, pero no sucede lo mismo con la trasmisión de la deuda, por tratarse de transferir el elemento pasivo lo cual tiene particular importancia para el acreedor, razón por la cual no podrá efectuarse sin el consentimiento de éste. Se trata de un principio elemental cuya comprensión no ofrece dificultades. Pues por ejemplo ¿Qué sucedería si el deudor buscare transferir su deuda a una persona insolvente?[53] Hay dos sistemas antagónicos, el CC alemán que la admite la sustitución del

---

[44] Véase: *ibid.*, pp. 151-155; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 809-815; Gálvez Criado, Antonio: *La asunción de deuda en el Derecho Civil español.* España, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2003, p. 17, http://atarazanas.sci.uma.es/docs/tesisuma/16276462.pdf; Álvarez Joven, Arturo: *El aspecto contractual de la asunción de deuda.* En: Anuario de Derecho, Universidad de Extremadura, pp. 291-326, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/813980.pdf; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 345-350; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 181-185, la denomina "transmisión de deuda".

[45] Véase: Larenz, *ob. cit.*, p. 475.

[46] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 520 y 521, una razón técnica pues la consideración de la persona del deudor es esencial no solo a nivel personal sino patrimonial.

[47] O´Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 486.

[48] Álvarez Joven, *ob. cit.*, p. 291.

[49] *Ibid.*, p. 308.

[50] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 199.

[51] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 145.

[52] Martínez de Aguirre, *ob. cit.*, p. 20.

[53] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 304.

deudor por un tercero[54] y el CC francés que no la admite sino a través de la novación pasiva.

5.3. *Situación en el Código Civil*

El CC venezolano no la regula y solo reconoce como figura próxima la novación por cambio de deudor. Posiblemente no es pacíficamente aceptada porque una deuda está íntimamente asociada con la persona del deudor (honradez, solvencia patrimonial, seriedad, inteligencia) por lo que interesa al acreedor. No es posible aceptarla en Venezuela por convención sin la aceptación del acreedor en cuyo caso la situación encuadra en una novación subjetiva por cambio de deudor. Puede haber un equivalente en la delegación perfecta o en las cesiones de universalidades. No es indiferente al acreedor qué persona ocupa la posición de deudor, pues las cualidades que éste reúna son fundamentales. Aunque la transmisión de la deuda puede tener lugar por novación o por delegación[55]. En efecto, indica Ochoa que no existe cesión de deuda sin el concurso necesario del acreedor. Puede ser por novación (nace una nueva obligación) y por delegación imperfecta que deja subsistir la deuda antigua en el agregado de un nuevo deudor[56]. Porque las modificaciones del lado pasivo de la obligación son extraordinariamente más complejas que la correlativa del crédito. Además, la sustitución de un deudor por otro no incumbe solamente a ambos, sino fundamentalmente al acreedor[57].

La cuestión básica que se plantea en orden a la admisibilidad de la asunción de deuda, es si cabe como modificación o transmisión sin extinguir la relación obligatoria, es decir sin el mecanismo de la novación: se apunta a su admisión con el consentimiento del acreedor[58]. En la doctrina española se afirma que la asunción de deudas es una institución que no está regulada de forma expresa en el Código Civil, de lo que se dudó por mucho tiempo de su admisibilidad, pero que se puede inferir su existencia de la norma que admite la modificación de la obligación sustituyendo la persona del deudor[59], lo cual en el caso venezolano vendría dado por la novación pasiva por cambio de deudor.

Bernad Mainar trata la figura en estudio[60], indicando que la controversia sobre la admisión de la asunción de deuda ha sido agria y polémica[61]. Para su rechazo se alega que el cambio de acreedor no altera el contenido económico de la obligación, en tanto que el cambio de deudor solo puede lograrse

---

[54] Véase: Larenz, *ob. cit.*, pp. 475-483. En el Derecho alemán la figura encuentra cada vez mayor arraigo (*ibid.*, p. 476).

[55] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 173;Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 101 y 102.

[56] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 810.

[57] Lasarte, *ob. cit.*, p. 181.

[58] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 487.

[59] Sánchez Cid., *ob. cit.*, p. 262.

[60] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, p. 151-155.

[61] *Ibid.*, p. 151.

por vía de novación. Pero, frente a esa tesis se esgrimen otros que tratan de desvirtuar su aparente solidez; la deuda también puede representar un valor computable al igual que el crédito aunque sea de orden negativo, pues al acreedor le es igual recibir el cumplimiento de la prestación de un deudor que de otro. Sin embargo, el Derecho venezolano está adscrito a la tesis abiertamente negativa del Código Francés por lo que la doctrina y la jurisprudencia tradicional se han opuesto a su consideración como figura autónoma distinta a la novación por cambio de deudor[62].

No obstante, Bernad Mainar admite la figura de la asunción de deuda, toda vez que puede existir un interés en que la obligación asumida por el tercero sea la misma obligación primitiva y que ello sea producto de la autonomía de la voluntad, por lo cual no existe razón para transformar este acuerdo en una novación no querida por las partes si ello no contraría el orden público[63]. En tal caso, no existirían para el autor elementos formales especiales, sino que habrá de observarse las formalidades que requiera el contrato que le sirva de causa para alcanzar la finalidad económica social perseguida con la asunción de deuda[64]. Siendo así, el deudor primitivo queda liberado totalmente; el acreedor cuenta a su favor con todas las garantías del crédito salvo las personales y el nuevo deudor podrá oponerles las mismas excepciones del deudor anterior; las relaciones entre el deudor primitivo y el nuevo se rigen por las mismas relaciones que le sirve de causa[65].

Por su parte indica Lagrange que si bien se acepta pacíficamente la cesión de créditos, del lado pasivo las cosas son diferentes, pues no todas las personas son igualmente solventes ni cumplidoras. De allí que se note una resistencia de las legislaciones derivadas del modelo del CC francés de admitir la sucesión de la deuda. Código que al igual que el venezolano no menciona la figura. Sin embargo, existen Códigos que expresamente admiten la figura de la asunción de deuda: El CC alemán de 1900 y otros inspirados en éste: el CC polaco de las obligaciones de 1934, el CC suizo, el CC griego y el CC para el Distrito Federal de México. En Venezuela, tradicionalmente se había interpretado que ese silencio deliberado debe entenderse por el rechazo a la figura pero sin embargo se está abriendo camino lentamente a la tesis opuesta que acepta la asunción de deuda como aspecto de la tesis favorable se dice que el que calla (CC) ni afirma ni niega. El hecho de que el CC no la regule no significa que la rechace pues se trata de una materia de intereses privados.

Ahora bien, el problema estaría en admitir si resulta indiferente un cambio de deudor como acontece con el acreedor. Si ese es el *quid* del asunto, se podría admitir que una persona pudiera sustituir a otra como deudor,

---

[62] *Ibid.*, p. 152.

[63] *Ibid.*, pp. 152 y 153.

[64] *Ibid.*, p. 154.

[65] *Ibid.*, pp. 154 y 155.

siempre y cuando el acreedor consiente en ello. Lo cual no afecta norma de orden público alguno. Se tendría que contar igualmente con los otorgantes de las garantías originales, y se podría realizar mediante contrato pero para que el contrato sea eficaz frente al deudor es necesario que el acepte la sustitución. El nuevo deudor podrá hacer valer frente a éste las mismas excepciones salvo las personalísimas. Una sentencia de casación del 25 de octubre de 1954 declaró que en Venezuela no puede tener lugar la asunción de deuda porque el CC no la regula. Pero la doctrina aunque escasa ha evolucionado hacia su admisión. Se suele denominar aunque la expresión es menos preferible "cesión de deuda"[66]. Mélich refiere que el acreedor no puede rechazar pago de un tercero[67] pero ello no explica la figura en comentarios, que supone la cesión de la condición de deudor previa al pago. En España se acepta la figura de la asunción de deuda como contrato atípico aunque no está regulado con la "aceptación y consentimiento del acreedor"[68], lo cual no genera problema desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad[69].

Realmente la falta de regulación de la figura no sería óbice para la admisión de una suerte de "cesión de deuda" así como sucede con la institución de la dación en pago, la cual es producto de la autonomía de la voluntad no obstante la omisión del legislador. Obviamente que si por aplicación de la autonomía de la voluntad el acreedor acepta que el deudor ceda su deuda[70] la figura encuentra aplicación aunque cabe dudar de su autonomía dada su proximidad con la novación por cambio de deudor.

Pero el asunto básico está en preguntarse si podría existir cesión de deuda sin autorización del acreedor y la respuesta ha de ser negativa; la cesión de créditos no precisa de autorización o consentimiento del deudor sino de su notificación por expresa disposición de ley, pero, a falta de regulación expresa de la figura de la cesión de deuda, la analogía no podrá tener lugar por las normas especialísimas de la cesión de crédito, dadas las diferencias apuntadas por razón de su naturaleza entre la condición de acreedor y deudor. Quien pretenda que da lo mismo quien sea su deudor, habría que preguntarle cómo justificaría sin su autorización siendo acreedor el traspaso inconsulto de su acreencia a un deudor insolvente . Y al no ser posible la cesión de deuda sin la aquiescencia del acreedor la figura se destiñe en una suerte de discusión teórica que no logra desligarse del todo de la figura de la novación subjetiva pasiva.

---

66 LAGRANGE, *Apuntes*...

67 Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina*..., p. 57.

68 PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 395.

69 Véase igualmente respecto del Derecho chileno: DORR ZEGERS, *ob. cit.*, p. 8, a menos que estuviera expresamente prohibida por el Código Civil chileno que de hecho no lo está, es una materia que no cae en el campo del orden público, sino que por el contrario se ubica en el campo de la libertad contractual.

70 Véase: ÁLVAREZ JOVEN, *ob. cit.*, p. 309, es requisito indispensable el consentimiento del acreedor.

6. Cesión del contrato[71]

6.1. *Noción*

Si bien la cesión de crédito supone una relación obligatoria típica donde está claramente perfilado el sujeto activo, a saber, el acreedor, y de allí que su traspaso se denomine cesión del "crédito" como proyección del aspecto o elemento "subjetivo" titular del derecho; por otra parte, la asunción o cesión de deuda supone la transmisión del lado pasivo de la relación obligatoria. Sabemos que existen relaciones jurídicas recíprocas o situaciones jurídicas, en las que no es posible distinguir claramente un sujeto activo y un sujeto pasivo porque entre ambos sujetos contratantes median deberes y derechos. Precisamente si una de las partes "cediera" –con autorización de la otra– su posición cargada de derechos y deberes, estaríamos en presencia de la denominada "cesión de contrato". Algunos la denominan "venta del contrato"[72]. Pero valdría la misma acotación hecha para la cesión de créditos, esto es, puede acontecer por múltiples modalidades de negocio jurídico.

El objeto de la cesión son las relaciones jurídicas derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas[73], esto es que se trate de un contrato bilateral[74],

---

[71] Véase: Rodner, James Otis: *La transferencia del contrato (Inidroit,* Art. 9). Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Estudios 108, 2014; Rodner, James Otis: *Cesión del contrato y los principios de Unidroit.* En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 169-242; Cristóbal Montes, Ángel: *La cesión del contrato en el Derecho venezolano.* En: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela Nº 36, 1967; Cristóbal Montes, Ángel: *La cesión del contrato*, pp. 851-890, http://www.boe.es; Mantilla Espinoza, Fabricio Mantilla: *La cesión del contrato.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 435-454; Aguilera Silván, Fernando-José: *La cesión del contrato en la doctrina civil.* Octubre 2010, http://noticias.juridicas.com/articulos/45.../201010-8979516584528285.html; Chamorro Keim, Consuelo: *Cesión de contrato: doctrina y recepción en el Código Civil Chileno.* Universidad de Chile, 2006, http:// www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-chamorro_c/pdfAmont/de-chamorro_c.pdf; De la Puente y Lavalle, Manuel: *La cesión de posición contractual*, pp. 39-74, http://revistas.pucp.edu.pe ; Sánchez García, Mateo: *La cesión del contrato en Colombia: una aproximación desde el Derecho Comparado.* En: RAI Revista Análisis Internacional Nº 2, 2010, pp. 79-101, http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/18/25; Díaz Guevara, Juan José: *La cesión de posición contractual en las contrataciones estatales.* Derecho y cambio Social. http://www.derechoycambiosocial.com/.../cesion_de_posicion_contractual_en_... ,Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 321 y 322; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 187-208; Lasarte, *ob. cit.*, p. 185; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 1029-1034; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 488-490; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 470-475; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 663 y 664; Carrer, *ob. cit.*, pp. 349-361; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 333 y 334.

[72] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 321 y 322, indica que no está prevista expresamente en la legislación pero nada se opone a ella, en el sentido de sustituir a una de las partes en el contrato.

[73] Chamorro Keim, *ob. cit.*, p. 1.

[74] Sánchez García, *ob. cit.*, p. 92, cuyas prestaciones aún no se hayan ejecutado por completo. El fundamento de este requisito se halla en la necesidad de que cada parte sea deudora y acreedora a la vez, posibilidad que la ofrecen las relaciones contractuales con prestaciones recíprocas que no estén cumplidas en su totalidad por ninguna de las partes.

en principio[75]. Supone una modificación subjetiva del contrato[76]. Se trata pues de un contrato que tiene por objeto la cesión o transferencia de la posición jurídica de que se trate.

Vista pues la transmisión del lado activo y del lado pasivo de la relación obligatoria, debe darse una idea de la cesión del contrato, cuando la deuda que se asume y el crédito que se cede son de obligaciones procedentes del contrato. "La función típica de la cesión del contrato consiste en la trasmisión negocial a título particular de una posición contractual"[77].

"Se habla de cesión de contrato cuando uno de los contratantes con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente. Por la cesión del contrato se traspasa la calidad íntegra del contratante"[78]. Esto es, más que cesión del contrato, lo que se transmite es la posición de parte contractual. Por lo que debería denominarse más propiamente "cesión de posición contractual"[79]. Se trata de un instituto que se perfila con autonomía propia y por tal se diferencia de otras figuras afines, tales como la cesión de crédito, la delegación pasiva, la novación subjetiva, la subrogación convencional, el subcontrato, la estipulación a favor de tercero y el contrato de persona por nombrar[80]. Más precisamente se diferencia de la cláusula "por sí o por persona que se designará"[81].

De tal suerte, que la figura de la cesión o transferencia del contrato es un mecanismo producto de la autonomía de la voluntad, que permite preservar la relación contractual, porque logra la sustitución total, tanto en su aspecto pasivo como activo de una de las partes. Vale insistir que se precisa la autorización de la parte que permanece en la relación contractual. Esta última autorización es la que diferencia la institución objeto de análisis de la cesión o trasferencia impropia que simplemente se presentará a lo sumo como una suerte de mezcla entre cesión de créditos y delegación pasiva. Visto que el contrato bilateral suele ser un compendio de deberes y derechos para ambas partes, la cesión o transferencia de contrato permite el traspaso de la posición de una de las partes, para que opere la sustitución por un

[75] *Ibid.*, p. 93, Si bien en un sentido técnico la cesión de contratos se reserva para negocios bilaterales, y supone la salida total del contratante cedente del vínculo, es posible dada la elasticidad de la figura y ante la ausencia de prohibición expresa una eventual extensión a determinadas posiciones contractuales.

[76] Chamorro Keim, *ob. cit.*, p. 2.

[77] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 201; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, pp. 410 y 411.

[78] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, p. 1029.

[79] De la Puente y Lavalle, *ob. cit.*, p. 45. Véase igualmente: O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 488 y 489, la terminología de "cesión de contrato" admitida en la doctrina con origen italiano, pero convendría precisar que se trata de una "cesión de los efectos contractuales" de una de las partes; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 201 y 202.

[80] Véase: Rodner, *La transferencia...*, pp. 85-117.

[81] Véase: Cecchini Rosell, *ob. cit.*, pp. 256-258, la cláusula se produce por la exclusiva voluntad de una parte y se prevé en el propio contrato.

tercero. Ello mantiene la continuidad de la vida del contrato aunque una parte sea sustituida por otra.

6.2. *Procedencia*

La cesión de contratos, al igual que la cesión de créditos es un negocio de enajenación y puede adoptar la forma de una compraventa, una donación u otro acto de transmisión que le sirva de base o causa. De esta forma en dependencia del ropaje que adopte la cesión se le pueden incorporar nuevos requisitos típicos del contrato que le sirva de soporte[82]. El efecto característico de la cesión de contratos es la subrogación del cesionario en la posición contractual del cedente, de manera que le sustituye en todas las relaciones pendientes, que no tengan carácter personalísimo: en cuanto a las excepciones, tanto el cesionario como el cedido pueden emplear cada uno frente al otro, las excepciones derivadas del contrato cedido que no sean personalísimas[83].

La cesión de contrato, es una figura jurídica que no se halla expresamente regulada en el Código Civil venezolano –a diferencia de otros ordenamientos[84]– pero que es admitida sin reparos por la mayoría de la Doctrina y la Jurisprudencia[85]. Por lo que la doctrina admite la figura no obstante carencia de regulación[86], por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Refiere Lagrange que la figura es el fruto de una elaboración de la doctrina moderna. Sirve para hacer posible la circulación del contrato en su totalidad. Si bien la ley no la regula "no puede desconocerse que hay una necesidad práctica de la figura"[87]. Seguramente obtuvo su consagración espontánea en la práctica mercantil antes de su discusión teórica[88]. Consiste en producir la sustitución de una parte del contrato por alguien que hasta ese momento ha sido un tercero extraño al mismo. No hay cambio objetivo de la relación contractual sino variación subjetiva. Precisa un contrato bilateral; cada parte es al mismo tiempo acreedora y deudora. Refiere Lagrange que así como no hay argumentos jurídicos para oponerse a la cesión de deuda no hay para oponerse a la cesión del contrato (a lo que cabría agregar que igualmente que siempre que se obtenga la autorización de la parte que subsiste en el contrato).

---

[82] Sánchez García, *ob. cit.*, p. 87.

[83] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 474.

[84] Véase: Rodner, *La transferencia...*, pp. 61-68, cita entre los países que reconocen expresamente la figura: Italia, Portugal, Colombia, Perú, Senegal, Holanda, Bolivia.

[85] Aguilera Silván, *ob. cit.*

[86] Véase: Serrano Alonso, Eduardo y Eduardo Serrano Gómez: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. T. II, Vol 1, Teoría General del Contrato. Madrid, Edisofer, 2008, pp. 116 y 117.

[87] Larenz, *ob. cit.*, p. 487; Mantilla Espinoza, *La cesión del contrato...*, la utilidad económica de este mecanismo es innegable.

[88] Cristóbal Montes, *La cesión...*, p. 856.

6.3. *Partes*

Se indica que para la doctrina dominante la cesión del contrato constituye un negocio jurídico trilateral en tanto que para otros es bilateral[89]. Cuando en una relación contractual la posición de una de las partes (acreedor o deudor) o de ambas pasa a ocuparla otra u otras personas, permaneciendo idéntica la relación en su dimensión objetiva, se dice que hay *cesión de contrato. Intervienen tres partes: el cedente* (originario contratante que sale de la relación contractual); *el cesionario* que se coloca en la posición del cedente; y *el cedido* que permanece en la misma relación contractual[90].

6.4. *Requisitos*

Se precisa que se trate de contratos con prestaciones pendientes de ejecución[91], que se trate de contratos bilaterales (relaciones jurídicas recíprocas) y que el contratante cedido acceda o consienta en la cesión, y conlleva la liberación del cedente, aunque cabe el pacto en contrario en caso de que el cesionario incumpla[92]. Rodner a propósito de esto último comenta que la cesión *propia* precisa la necesidad de tal consentimiento del cedido pues de lo contrario lo que mediará sería una cesión impropia pues no se presenta como una cesión de contrato, que por no contar con tal consentimiento se reconducirá por una cesión de créditos y una delegación[93]. Y así por ejemplo la figura ha sido considerada respecto al contrato bilateral de arrendamiento[94].

Se diferencia del *subcontrato* en virtud del cual el contratista o subcontratista encarga a otro de la actividad que se le ha encomendado[95].

6.5. *Efectos*[96]

Los "efectos de la cesión del contrato", entre las partes que lo integran, respecto de sus posibles combinaciones:

---

[89] *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 411.

[90] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 176; Aguilera Silván, *ob. cit.*, "la cesión de contrato implica que se da una situación triangular, de tal forma que existirá la figura de cedente, cesionario y contratante cedido"; De la Puente y Lavalle, *ob. cit.*, pp. 46 y 47.

[91] Rodner, *Cesión...*, p. 216.

[92] Lasarte, *ob. cit.*, p. 185.

[93] Rodner, *Cesión...*, pp. 172-176, refiere que la figura es común en el tráfico jurídico contemporáneo, en contratos de larga duración como es el caso de suministro y franquicia; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 333, si bien los derechos pueden enajenarse sin el consentimiento del deudor, las deudas no puede transmitirse sin la autorización del acreedor.

[94] Véase: Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-7-11, Exp. s/n en la web, http://caracas.tsj.gob.ve/.../2011/.../2153-17-AP31-V-2009-004072-.HTML; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 25-5-11, Exp. 30.532, http://monagas.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2011/MAYO/1697-25-30.532-.HTML.

[95] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 104. Véase: Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, p. 117, el subcontrato tiene lugar cuando una de las partes hace entrar un tercero mediante un nuevo contrato; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 486 y 487; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 664 y 665, también denominado "contrato derivado".

[96] Véase: Rodner, *La Transferencia...*, pp. 149-181; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 205 y 206.

Entre cedente y cedido: el cedente se libera frente al cedido y pierde los derechos del contrato cedido, se aprecian efectos hacia el futuro o *ex nunc*, la liberación es automática salvo que se disponga lo contrario.

Entre cesionario y cedido: igualmente se producen efectos *ex nunc* o hacia el futuro, el cesionario toma el contrato a la fecha de la cesión, se transfiere el derecho a oponer defensas y excepciones salvo que sean personalísimas.

Entre cedente y cesionario: se garantiza la existencia del contrato y no la solvencia del contratante, obligación del pago del precio, reembolso de los pasivos pagados por el cedente.[97]

Se ha referido la trasferencia de la cláusula arbitral contenida en la respectiva cesión de contratos. Por lo que la cláusula arbitral sigue vinculando a las partes[98].

6.6. *Ventajas*
Se indica que la figura permite la circulación del contrato[99], manteniendo su vida útil al margen de los sujetos. Es común en los contratos de suministro, franquicia, distribución, concesión y agencia[100]. Se propone a falta de la autonomía de la voluntad su regulación por vía de analogía con la cesión de crédito y la delegación[101], así como con relación a sus efectos[102]. Liberándose por tal al sujeto que sale de la obligación[103].

7. Cesión de bienes[104]

Se trata de una figura con antecedentes romanos. La *cessio bonorum* tenía por finalidad evitar que el deudor de buena fe, imposibilitado de cumplir con sus obligaciones, se viere privado de libertad, por lo que podía con aprobación de pretor ceder o abandonar sus bienes a favor de sus acreedores. Se

---

[97] Rodner, *La Transferencia...*, pp. 149-170.

[98] Véase: *ibid.*, pp. 177-181; Caivano, Roque J.: *La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene"*. En: Revista de Derecho Privado, 2012, edición especial, pp. 3-53, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/.../dtr2.pdf ; Caivano, Roque J.: *El principio de la separabilidad del convenio arbitral y la cesión del contrato que lo contiene*. http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/12/Separabilidad-y-cesi%C3%B3n-Lex-Arbitri-.pdf "la cláusula arbitral... se transmite en caso de cesión".

[99] Cristóbal Montes, *La cesión...*, p. 857.

[100] Rodner, *Cesión...*, p. 177.

[101] *Ibid.*, pp. 185 y 186.

[102] *Ibid.*, p. 220. Véase sobre los efectos: Rodner, *La transferencia...*, pp. 149-181.

[103] Rodner, *Cesión...*, p. 228.

[104] Véase: López de la Cruz, Laura: *La cesión de bienes a los acreedores*. España-Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003; Arce Gargollo, Javier: *La facultad especial de cesión de bienes en los poderes generales para pleitos y cobranzas*, pp. 3-16, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/.../dtr1.pdf; Moisset de Espanés, Luis: *Pago por cesión de bienes en el nuevo Código Civil de Paraguay*, http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpagoporcesiondebienesparaguay; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 133-135; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 121-123; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 22-7-05, Exp. 05-2445-C.B, http://barinas.tsj.gob.ve/decisiones/2005/julio/799-22-05-2445-C.B.-.html "se ordena la admisión de la solicitud de cesión de bienes intentada".

trata de un negocio jurídico *pro solvendo* sin efectos liberatorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden sus bienes[105]. En ella, el deudor se limita a transferir al acreedor o acreedores la posesión y administración de sus bienes para que estos los liquiden y con el precio obtener el pago de sus créditos[106].

Históricamente la cesión de bienes tenía por finalidad evitar la prisión por deudas y la infamia del deudor fallido. Los pactos del deudor con sus acreedores tienen también su razón en evitar procedimientos particulares o universales de ejecución[107]. Nuestra legislación sustantiva y adjetiva contiene referencias a la figura[108]. No precisa ser a favor de todos los acreedores, sino solamente de algunos, ya que puede resultar difícil obtener la adhesión de la totalidad. Esta es, quizá, una de las ventajas de la cesión de bienes, que satisface a los acreedores que tienen más urgencia en cobrar, sin provocar los gastos que acarrearía una ejecución forzada del patrimonio, por vía del concurso o quiebra[109]. La figura algunos la estudian en el ámbito de las obligaciones, amén que puede constituirse en una forma de transmitir los créditos por vía judicial.

---

[105] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 114.

[106] Lasarte, *ob. cit.*, p. 121.

[107] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 115.

[108] Véase CPC, arts. 789 al 806, art.165, num. 3. Véase del concurso necesario arts. 807 al 812. Véase: CC, arts. 1934 al 1949, art. 1704, num. 3, 1813, num 3. Véase del beneficio de competencia, arts. 1950 y 1951.

[109] Moisset de Espanés, *Pago por cesión*... El Código guatemalteco, que concede a las personas individuales el beneficio de la extinción total de sus deudas, aunque el valor de los bienes entregados no alcance para satisfacerlas, o lo dispuesto por la ley chilena de quiebras, que establece un plazo de prescripción más breve (cinco años), contados a partir de la cesión "con el objeto de estimular al deudor para que siga trabajando sin temor de que sus esfuerzos solamente beneficien a sus acreedores.

TEMA 16
Acciones Protectoras del Crédito[1]

SUMARIO: *1. La protección del crédito 2. Acción oblicua 3. Acción pauliana 4. Acción de simulación*

1. La protección del crédito

Dentro del ejercicio del derecho de crédito se ubican varios medios para ejercer o proteger el derecho de crédito[2]. Esto es, "la defensa del Derecho de Obligaciones", tiene que ver con las distintas posibilidades con que el derecho subjetivo de crédito asegura su eficacia en la vida diaria[3]. Existe una verdadera crisis de cooperación que padecen las sociedades modernas y que impone a los hombres dedicados al estudio del Derecho la tarea de encontrar los medios legales necesarios para asegurar la correcta y eficaz protección del crédito[4]. Para defender al acreedor no basta construir toda una estructura legal que otorgue una serie de posibilidades de actuación compulsiva contra los deudores renuentes. También se precisan normas procesales que habiliten un mecanismo dotado de celeridad[5].

El patrimonio del deudor es la garantía del acreedor (CC, arts. 1863 y 1864) y éste cuenta con diversos mecanismos para hacer efectivo su derecho. Se distinguen tres (3) categorías de acciones o medidas ejecutorias o ejecutivas (ejecución forzosa por equivalente[6]); medidas precautorias o cautelares[7] (embargo, secuestro[8], prohibición de enajenar y gravar, medidas innominadas)[9] y acciones conservatorias como las que veremos de seguidas, a saber, oblicua o subrogatoria, pauliana o de fraude y finalmente la acción de simulación. Tales acciones se fundamentan en la garantía patrimonial que otorga a los acreedores el derecho de satisfacer sus créditos con todos los bienes habidos y por haber[10].

---

[1] Véase: Palmero, Juan Carlos: *Tutela jurídica del crédito*. Buenos Aires, Astrea, 1975; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 203-229; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 189-191; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 99-109.

[2] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 86 y 87: Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 227, se denomina medidas conservativas del patrimonio del deudor aquellas que tienden a mantener íntegro el patrimonio de éste; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 155, el ordenamiento jurídico le concede al acreedor un conjunto de facultades para la protección de su interés.

[3] Palmero, *ob. cit.*, p. 11; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 225, el derecho de crédito está amparado en general por unas medidas de protección que tienden a procurar la consecución de la obligación que tiene derecho a obtener.

[4] Palmero, *ob. cit.*, p. 14.

[5] *Ibid.*, p. 15.

[6] Manifestación de la tutela judicial efectiva que presenta rango constitucional.

[7] *Ibid.*, pp. 136-149.

[8] *Ibid.*, pp. 116-123.

[9] Véase sobre medidas preventivas judiciales y extrajudiciales en protección del crédito: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 119 y ss.

[10] Véase respecto a la oblicua y a la subrogatoria: Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 131 y 134.

Se distingue así dentro de la tutela judicial del crédito todas las posibilidades, facultades y medios de coerción que posee un acreedor para conseguir que se le procure la prestación, esto es, el bien debido. Distinguiéndose así la tutela interna de la tutela externa. Dentro de la primera algunos ubican la tutela "preventiva" relativa a medidas anteriores al vencimiento del término para asegurar la certeza del crédito y la integridad del patrimonio; y la tutela "represiva" exteriorizada fundamentalmente en la ejecución forzosa en forma específica y la ejecución forzada en forma genérica[11].

Entre la tutela preventiva o cautelar se ubica por ejemplo la acción subrogatoria y la separación de patrimonios[12]. En el ámbito del Derecho Sucesorio se aprecia también una institución que se ubica dentro del marco general de la tutela creditoria: los acreedores hereditarios pueden oponerse a la partición[13] hasta que se les pague o afiance (CC, artículo 1.081[14]). Cabe citar también el artículo 766 del CC[15], así como el derecho de retención[16]. Algunas son las acciones, que tienden para algunos, a la preservación del crédito tales como la caducidad del término[17] por disminución de las garantías e inclusive el registro de la acción para interrumpir la prescripción. En todo caso, el acreedor debe mantener una actitud expectante y de supervisión, ya que de la solvencia del deudor depende la posibilidad de ver satisfecho su interés[18].

---

[11] Palmero, *ob. cit.*, p. 18; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 155, entre los medios de defensa preventiva figuran la acción pauliana, el vencimiento anticipado de la obligación y las medidas judiciales preventivas o de aseguramiento.

[12] Palmero, *ob. cit.*, pp. 74 y 75, 123-130. Véase sobre la separación de patrimonios: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 140-147.

[13] Véase sobre tal derecho: López Herrera, *Derecho...*, T. II, pp. 232-241. Véase también sobre el derecho de los acreedores a hacer revocar y declarar simulación de la partición, así como de ejercer los derechos del copartícipe deudor: *ibid.*, pp. 241-245.

[14] "Los acreedores hereditarios podrán oponerse a que se lleve a efecto toda partición de la herencia, hasta que se les pague o afiance".

[15] "*Los acreedores de un comunero pueden oponerse a que se proceda a la división sin su intervención, y pueden intervenir a su costa; pero no pueden impugnar una división consumada, excepto en caso de fraude o de que dicha división se haya efectuado a pesar de formal oposición, y salvo siempre a ellos el ejercicio de los derechos de su deudor*".

[16] Palmero, *ob. cit.*, pp. 132-136; Bonnecase, *ob. cit.*, p. 694; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 290-297, no concede más atributo que la tenencia de la cosa; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 228-230; Leiva Fernández, Luis F.P.: *Derecho de retención.* Buenos Aires, Astrea, 1991. Véase sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención: Morles Hernández, Alfredo: *Garantías Mercantiles.* Caracas, UCAB, 2007, p. 198, se discute si es un derecho real, derecho de crédito, derecho *sui generis* o excepción; Burgos Villasmil, José Ramón: *El Derecho de Retención en el Código Civil Venezolano*, Caracas, s/e, 1980, pp. 51-68, concluye que es un derecho real, ya que en él se dan los dos elementos necesarios para calificarlo como tal, el poder directo sobre una cosa y la oponibilidad a terceros; Hernández, Santiago: *El Contrato de Anticresis y el Derecho de Retención en el Derecho Venezolano.* Caracas, Mobilibros, 2008, pp. 230-244, debe ser enmarcada como derecho personal "ya que en su práctica jamás hay remate judicial ni mucho menos pago preferencial derivado del producto obtenido en subasta".

[17] Palmero, *ob. cit.*, pp. 97-102.

[18] *Ibid.*, p. 88.

Entre la tutela de actuación se ubican aquellos medios que se encaminan al cumplimiento forzoso de la prestación[19]. Entre las medidas reforzadoras del crédito se ubica la cláusula penal[20], las arras[21], la excepción de incumplimiento[22], la ejecución compulsiva[23] a través de la ejecución directa[24] y la ejecución forzada[25]. Se incluye también en la protección del crédito la figura de los "privilegios"[26] y las "garantías" (personales como la fianza o reales como la hipoteca, la prenda o la anticresis)[27].

La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica o patrimonio del deudor. De allí que el interés de los acreedores queda tutelado o protegido a través de la concesión de las facultades necesarias para impedir o evitar la insolvencia[28].

2. Acción oblicua[29]

2.1. *Origen y noción*

También denominada acción "*subrogatoria*", pues permite al acreedor sustituirse al deudor inerte o descuidado en el ejercicio de sus acciones de contenido patrimonial. La desidia e inacción del deudor es pues, presupuesto necesario en la acción oblicua o subrogatoria, en virtud de la cual el acreedor podrá hacer valer las acciones del deudor cuando éste se muestre indiferente ante el ejercicio efectivo de las mismas.

---

19 *Ibid.*, p. 153.

20 *Ibid.*, pp. 154-160; Martínez de Agurirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 226, además de las medidas de ley, las partes pueden convenir ciertos medios que tienden a proteger el crédito, como es el caso de la pena convencional.

21 Palmero, *ob. cit.*, pp. 167-170.

22 *Ibid.*, pp. 171 y 172.

23 *Ibid.*, pp. 173 y 174.

24 *Ibid.*, pp. 174-187.

25 *Ibid.*, pp. 187-198.

26 *Ibid.*, pp. 213, basados en un sistema de graduación del crédito (*ibid.*, p. 214).

27 *Ibid.*, pp. 219-223.

28 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 156.

29 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 205-213; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 171-178; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 813-834; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 239-246; Zambrano, *ob. cit.*, pp. 427-432; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 464-471; Dominici, *ob. cit.*, pp. 764-771; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 113-115; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 139-143; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 455-465; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 191-202; Palmero, *ob. cit.*, p. 102-113; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 211-213; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 680-690; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 189-196; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 493 y 494; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 104-106; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 240-254; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 162 y 163; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 128 y 129; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 222-228; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 286-290; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, pp. 451 y 452; Sirvent García, Jorge: *La acción subrogatoria.* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado. Colección Monografías 23, 1997; Gómez Calero, Juan: *La acción subrogatoria.* Sevilla, Biblioteca de la Facultad de Derecho, Tesis doctoral, 1958, http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/674/la-accion-subrogatoria-tesis-doctoral/ ; Alcalde Rodríguez, Enrique: *La acción subrogatoria.* En: Revista Chilena de Derecho Nº 14, Nº 2-3, 1987, pp. 335-394, http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649551.

Dentro de la tutela cautelar o preventiva del crédito se ubica la acción subrogatoria, que permite a los acreedores remediar la desidia, negligencia o abandono del deudor a fin de procurar el ingreso a su patrimonio de los bienes que integran la garantía genérica[30]. El origen de la acción oblicua es oscuro. Parece tener su antecedente en Roma[31], en que existía un procedimiento colectivo de quiebra civil, la *venditio bonorum*; en el antiguo Derecho francés para reemplazar la protección que resultaba de un procedimiento colectivo, se autorizó a los acreedores a intentar en nombre de su deudor, las acciones que éste descuidaba entablar[32].

La pasividad del deudor puede ser la causa de que el acreedor no pueda satisfacer en todo o en parte su derecho de crédito[33]. Cuando el deudor por negligencia se muestra inactivo perjudica a su acreedor y se justifica la acción en comentarios. Se denomina también acción subrogatoria[34] o acción indirecta[35]. Se trata de una medida de protección del derecho de crédito que permite a los acreedores actuar frente a las omisiones del deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones, concediéndoles el poder de sustituirse en el ejercicio de éstos[36]. Se fundamenta en el principio consagrado en norma relativo a que el deudor responde con sus bienes habidos y por haber[37]. Tiene una naturaleza meramente conservativa y no ejecutoria.

Consagrada en el artículo 1278: *"Los acreedores pueden ejercer, para el cobro de lo que se les deba, los derechos y las acciones del deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor"*.

Según refiere la última parte de la norma están excluidos de la acción los derechos personalísimos, tales como las acciones extrapatrimoniales o de estado civil, las acciones patrimoniales de carácter moral como la revocación de una donación o la acción por daño moral[38]. "El acreedor legitimado para

---

[30] PALMERO, *ob. cit.*, pp. 102 y 103.

[31] Véase: ALCALDE RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 348, en que aparece revestida de caracteres poco definidos y sujeta a las mutaciones del orden procesal.

[32] MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 240; LAGRANGE, *Apuntes*...

[33] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 231.

[34] Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 107, por medio de esta acción el acreedor se coloca en el lugar de su deudor y ejecuta sus derechos; GHERSI, *ob. cit.*, p. 385, el Código Civil le otorga facultad al acreedor para remediar su inmovilismo o desidia respecto del ingreso de bienes a su patrimonio; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 231-233; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 346-348; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Acción subrogatoria*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-4, www.acaderc.org.ar.

[35] Véase: ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 228, se fundamenta en el principio de responsabilidad patrimonial universal pues pretende evitar el perjuicio derivado de la conducta omisiva del deudor que dejaría sin valor alguno lo dispuesto en dicho principio; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 239, llamada también indirecta o subrogatoria.

[36] SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, p. 19.

[37] GÓMEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 3.

[38] Véase también: MOISSET DE ESPANÉS, *Acción subrogatoria*..., p. 1, *todos*, salvo que se trate de derechos inherentes a la persona del deudor remiso, caso en el cuál no podrá suplantárselo por vía de la acción subrogatoria.

accionar la oblicua puede ejercer todas las acciones que tenga su deudor contra los deudores de éste, siempre que se cumplan los requisitos que han sido perfilados por la doctrina y no se trate de "... *derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor*..." (parte final del artículo 1.278 del Código Civil)"[39]. Ciertamente, están excluidas las obligaciones naturales por no ser verdaderas obligaciones y estar sustraídas del principio de la responsabilidad patrimonial universal[40].

La puede ejercer el acreedor respecto de aquellos derechos de los que el deudor es titular, así como las acciones tuteladas. No procede respecto de aquellas que no han entrado a su patrimonio o que sean simples facultades. La acción permite al acreedor dirigirse al deudor de su deudor ante la inercia de éste. Sin embargo, para Palacios Herrera la figura no se constituye propiamente en una acción sino en una facultad del acreedor[41].

Para algunos constituye una suerte de "legitimación legal extraordinaria" porque el acreedor ejercita en nombre propio un derecho ajeno[42]. De allí que entre las explicaciones procesales se ubican la tesis de la representación, sustitución procesal del deudor[43], aunque modernamente se apunta más a la legitimación ordinaria[44]. La inercia del deudor debe ser cierta y perjudicial para el acreedor[45], siendo irrelevante su grado de culpa en la omisión[46]. El sentido básico de la acción oblicua se apoya en la idea de sustitución: el acreedor no actúa en representación del deudor sino en nombre propio, pero sin embargo en el ejercicio de un derecho que no es de él, sino de su deudor.

La idea que soporta la acción se apoya respecto del acreedor en que los deudores del deudor son a su vez sus deudores. Representa esta norma la máxima romana *debitor debitoris est debitor meus*, el deudor de mi deudor es deudor mío. Para explicitar mejor la institución la doctrina suele llamar a la acción oblicua, acción subrogatoria, ya que, vgr. yo acreedor ejercito determinada acción que tiene mi deudor en contra de su deudor (deudor de mi deudor) para que el patrimonio de aquel se engrose, y una vez que se logre esto, pueda yo accionar de manera directa contra dicho patrimonio que se ha visto mejorado o incrementado gracias a la intervención subrogatoria (acción oblicua). Ejerce así el acreedor un derecho ajeno (el de su

---

39 Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html.

40 Sirvent García, *ob. cit.*, p. 31.

41 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 309.

42 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 232.

43 Véase: Sirvent García, *ob. cit.*, pp. 87-96.

44 *Ibid.*, p. 95.

45 *Ibid.*, p. 78.

46 *Ibid.*, p. 79.

deudor) en interés propio (engrosar el patrimonio de su deudor para luego atacarlo) y en contra de un tercero (deudor de su deudor)."[47]

La figura presenta escasa incidencia práctica porque no le garantiza el pago al acreedor[48], pues éste no se aprovecha de ella directamente sino que lo obtenido entra al patrimonio del deudor[49].

2.2. *Derechos y acciones ejercitables por vía de la acción oblicua*[50]
2.2.1. *Excepciones*: solo los derechos de los cuales es titular el deudor pueden ser ejercidos por el acreedor. Esto es, por la acción oblicua el acreedor puede ejercer los derechos y acciones del deudor salvo aquellos personalísimos. Así por ejemplo, el acreedor podrá ejercer una deuda vencida del deudor o una acción reivindicatoria de un inmueble. Debe tratarse de derechos preexistentes en el patrimonio del deudor. Mas no puede el acreedor pretender sustituirse en la administración del deudor; y pretender enajenar o arrendar inmuebles del acreedor o pretender publicar un libro que es obra del deudor. De lo que se trata simplemente es de ejercer ante la negligencia del deudor, acciones o derechos que éste descuida ejercer.

Entre las excepciones a la acción oblicua por tratarse de acciones personalísimas se ubican: las acciones extrapatrimoniales como las acciones de estado, como la de divorcio, de separación de cuerpos, acciones filiatorias como inquisición de la paternidad. También cabe incluir las acciones patrimoniales que presentan un interés predominantemente moral como la indemnización por daño moral, la revocación de la donación por ingratitud o la acción de separación de bienes entre cónyuges.

2.2.2. *En cuanto a la herencia*: El artículo 1017 CC: "*Cuando alguien renuncia una herencia en perjuicio de los derechos de sus acreedores, éstos podrán hacerse autorizar judicialmente para aceptarla en nombre y lugar de su deudor. En este caso, la renuncia se anula, no en favor del heredero que la ha renunciado, sino sólo en provecho de sus acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos.*"

Nos hemos pronunciado sobre dicha norma[51]: "La situación que ya establecía el antiguo Derecho Francés[52] y que admiten la generalidad de los códigos[53], lo que a decir de la doctrina no los convierte en herederos pues sólo

---

[47] Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html.

[48] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 465.

[49] Dominici, *ob. cit.*, p. 767.

[50] Véase: Sirvent García, *ob. cit.*, pp. 117 y ss.; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 465-267.

[51] Véase: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 100-102.

[52] Guaglianone, Aquiles Horacio: *El heredero renunciante y su acreedor*. Monografías Jurídicas 102. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 7.

[53] Cristóbal Montes, Ángel: *Naturaleza jurídica de la aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en perjuicio de su deudor.* En: Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1969, Vol. IV, p. 227.

pueden satisfacer hasta concurrencia de sus créditos[54]. De modo pues que el legislador permite al acreedor para que se haga autorizar por el tribunal, a fin de aceptar la herencia en nombre de su deudor y hasta concurrencia de su crédito, siendo requisito indispensable, según textualmente lo expresa la norma, que exista un acreedor[55]. La aceptación de los acreedores tampoco convierte al repudiante en heredero, pues dicha situación es la que la ley ha querido evitar, que sólo la voluntad del llamado podría provocar[56]. Realmente no se trata de que los acreedores acepten en nombre del repudiante, sino que tienen facultad de, sin borrar la repudiación, que le excluye de la herencia, poder cobrarse, hasta donde sea posible, sus créditos a cargo de lo que hubiese correspondido en la sucesión[57]. Se aclara que los créditos que se protegen son los anteriores a la repudiación[58], pues naciendo después, los acreedores no pueden decirse perjudicados por ella[59]. Una vez que los acreedores hacen efectivo su derecho sobre la masa herencial precluye su injerencia en la sucesión[60].

La doctrina discute si tal posibilidad se acerca a una acción subrogatoria o más bien a una acción pauliana[61], considerando algunos que se acerca más a esta última, a pesar de las diferencias[62]. En la doctrina argentina, Guaglianone la considera un ejemplo clásico de la acción de subrogación, aunque hace excepción a las condiciones ordinarias de ejercicio de ésta y presenta efectos singularmente propios[63]. Otros, acertadamente ven la situación como una acción *sui generis*, por cuanto no se precisa prueba de intención de fraude ni revoca la repudiación[64]. De allí que señalara Cristóbal Montes al comentar la doctrina venezolana que "hoy día los poderes jurídicos no precisan de una nominación propia y singular para que sean susceptibles

---

[54] Sojo Bianco, Raúl: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Caracas, Edit. Mobil Libros, 1990, p. 256.

[55] Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 29-9-05, Exp. 15.770 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/septiembre/723-29-15.770-.html.

[56] Lacruz Berdejo y otros, *ob. cit.*, p. 79.

[57] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 108.

[58] *Idem.*

[59] Lacruz Berdejo y otros, *ob. cit.*, p. 79.

[60] Suárez Franco, *ob. cit.*, pp. 80 y 81.

[61] Véase: Cristóbal Montes, *Naturaleza ...*, p. 273, el autor reseñaba para 1969 que en Venezuela casi puede decirse que el punto está doctrinariamente virgen en lo relativo a la naturaleza jurídica de la acción. Véase *ibid.*, pp. 273 y 274, comenta que Sanojo, Dominici y sucintamente Sansó lo han considerado.

[62] Véase: Sansó, Benito: *La repudiación de la herencia en el Derecho Venezolano*. En: Revista de la Facultad de Derecho Nº 34. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966, pp. 150-155; López Herrera, *Derecho...*, T. II, p. 141, "Por nuestra parte, tomando muy en cuenta la evolución histórica de la regla en comentario, creemos que se trata, en esencia, de forma peculiar de la acción pauliana, que incluye ciertos elementos de la acción oblicua".

[63] Guaglianone, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

[64] Véase: Roca Ferrer y otros, *ob. cit.*, p. 490, citan a Lacruz Berdejo.

de operar los particulares efectos que el ordenamiento les reconoce"[65]. Se trata de una medida conservatoria del patrimonio, que aunque tenga por finalidad inmediata que reingrese un bien al patrimonio del deudor, prepara las posibilidades de ejecución del acreedor[66]. Refiere acertadamente Lagrange que no se trata de un caso propiamente de acción oblicua toda vez que no se trata de un derecho que esté en el patrimonio del deudor[67].

2.3. *Condiciones o requisitos*[68]

2.3.1. *Respecto al deudor*: Se citan entre los requisitos con relación al deudor.

a. La *inacción o inercia* del deudor: la acción supone un deudor descuidado e inactivo en el ejercicio de sus acciones y derechos.
b. La *insolvencia* del deudor[69]: la solvencia del deudor, a saber, una óptima situación patrimonial, prohíbe al acreedor el ejercicio de las acciones protectoras de éste[70].
c. No se precisa mora[71].
d. No tiene carácter subsidiario[72].

2.3.2. *Respecto del acreedor.*

a. *Interés del acreedor* (debe ser un acreedor quirografario o privilegiado[73] cuya garantía sea insuficiente pues si es privilegiado e hipotecario con garantía suficiente carece de interés). De allí que algunos agreguen que la inactividad o pasividad precisa generar un daño al acreedor[74].

---

65 CRISTÓBAL MONTES, *Naturaleza ...,* p. 275, critica a Sansó al indicar que la acción no puede calificarse de subrogatoria para luego afirmar resueltamente que se trata de una simple manifestación del remedio pauliano.

66 MAZEAUD y otros, *ob. cit.,* Parte Segunda, Vol. III, p. 249.

67 LAGRANGE, *Apuntes...*

68 CASAS RINCÓN, *ob. cit.,* T. II, p. 467-470; MADURO LUYANDO, *ob. cit.,* pp. 210-212; BERNAD MAINAR, *ob. cit.,* T. I, pp. 241-244; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.,* pp. 175 y 176; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html; MAZEAUD y otros, *ob. cit.,* Parte Segunda, Vol. III, pp. 245-249; PALMERO, *ob. cit.,* pp. 111-113.

69 Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 241, precisa insolvencia o inclusive de peligro; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...,* pp. 827 y 829; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html.

70 Sin embargo, se aclara que no es necesario que el crédito tenga un valor igual o superior al crédito del deudor que se trata de ejercer.

71 SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, p. 83, la tesis de la no necesidad de la mora ha triunfado fundamentalmente en Francia.

72 Se discute su carácter subsidiario: SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 65-74. Señala el autor que en la doctrina extranjera existe acuerdo en que no, pero en el derecho español sí tiene carácter subsidiario.

73 Véase: YOMHA, Carlos Gabriel: *Tratado de las obligaciones negociables.* Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 158 y 159, el principio de igualdad de los acreedores rige para aquellos que no tengan un privilegio, esto es un derecho dado por la ley para ser pagado con preferencia de otro acreedor.

74 PALMERO, *ob. cit.*, p. 112.

b. El crédito de ser *cierto*[75], *exigible*[76] y *líquido*[77].

No importa la fecha con relación al crédito del tercero[78]. El crédito puede ser inferior al derecho ejercido[79]. Se agrega que se precisa un juicio en que se cite al deudor, y no se prevé la autorización para su ejercicio[80] como en el caso del artículo 1017 CC relativo a la renuncia de la herencia.

2.4. *Efectos*[81]

Recordemos que el acreedor ejerce un derecho del deudor, por lo que *el tercero podrá oponer todas las acciones que tenía contra el deudor*, a su vez el deudor podrá transigir con el tercero contra la voluntad del acreedor.

Se podrá obtener una sentencia superior al monto del crédito por lo que *podrá favorecer a los demás acreedores,* los cuales concurren con preferencias de sus respectivos créditos de ser el caso. Por ello en la realidad es poco utilizada la acción[82] y se prefiere el embargo de créditos. Se afirma que las consecuencias inmediatas derivadas del ejercicio de la acción repercuten en el patrimonio del deudor, sin que el acreedor perciba de modo directo el incremento patrimonial derivado de la acción o derecho ajeno. Por ello, para ver satisfecho su crédito debe exigir el pago al deudor[83]. Es conveniente la citación al juicio del deudor[84]

---

75 Cierto es aquel crédito cuya existencia es segura; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 469, para el autor la certeza del crédito es la única condición que puede ser impuesta, dado el silencio de la ley.

76 Sobre este último también ha de tenerse en cuenta el artículo 1215 del CC que estudiamos a propósito del término, relativo a la caducidad de éste. La expresión "exigible" se opone generalmente a "crédito a término" porque no se ha vencido el plazo a los fines de que el acreedor haga valer el crédito. Sobre la exigibilidad del crédito: Maduro Luyando, *ob. cit.,* p. 211; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.,* p. 176; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. I, p. 242; Sirvent García, *ob. cit.,* pp. 34-44. Véase en sentido contrario: Mélich Orsini, *Doctrina...,* p. 825; Palmero, *ob. cit.,* p. 111; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html; "esta instancia jurisdiccional se suma a la corriente que considera que no es necesario que el crédito sea líquido y exigible, bastando que sea cierto", al ser la acción oblicua de carácter conservativo.

77 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 211 y 212. Líquido es el crédito cuyo monto se encuentra determinado o fácilmente determinable mediante una simple operación aritmética.

78 Véase: Sirvent García, *ob. cit.*, p. 33, la doctrina francesa e italiana considera irrelevante la fecha del crédito para el ejercicio de la acción, pues la conducta omisiva del deudor perjudica a los acreedores al margen de tal fecha.

79 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 246 y 247.

80 Véase: Palmero, *ob. cit.*, p. 112, la doctrina ha desechado unánimemente la necesidad de que la subrogación precise pedir permiso al Juez para entablar la acción.

81 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 250-252; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 471.

82 Véase: Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 252, "la acción oblicua no presenta apenas utilidad práctica".

83 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 233.

84 Palmero, *ob. cit.*, p. 113.

3. Acción pauliana[85]

3.1. *Noción y evolución*[86]

La acción pauliana o revocatoria, conjuntamente con la acción subrogatoria y con la acción simulatoria se ubican dentro de los medios o acciones que protegen al acreedor en función de la conservación de la garantía patrimonial de su deudor y pueda ver satisfecho su crédito[87]. Es pues, un instrumento de control crediticio sobre la actividad *lato sensu* dispositiva del deudor[88].

Cuando un deudor deshonesto trata de sustraer los bienes de sus acreedores, puede proceder de dos maneras: por acto aparente o simulado o por acto real en fraude de sus acreedores. Ésta última opción es la que pretende atacar la acción pauliana que nos corresponde estudiar, en tanto que la primera nos ubica frente a la acción de simulación.

[85] Véase: Mélich Orsini, José: *El fraude a los acreedores y la acción pauliana.* En: *Temas de derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley,* Colección de Libros Homenaje, Nº 14, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 829-871; Cristóbal Montes, Ángel: *La vía pauliana.* Madrid, Tecnos, 1997; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 214-229; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 179-186; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 875-905; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 308-316; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 246-259; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 472-485; Calvo Baca, *ob. cit.,* pp. 202-208; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 145-150; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 467-488; Dominici, *ob. cit.*, pp. 771-784; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 115-119; Zambrano, *ob. cit.*, pp. 433-446; Jordano Fraga, Francisco: *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente.* Granada, Comares, 2001; Palmero, *ob. cit.*, pp. 198-207; Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 131-134; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 214 y 215; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 692-703; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 165-187; Sánchez Cid., *ob. cit.*, p. 156; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 494-496; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 106-108; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 255-279; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 157-159; Rivero, Francisco: *España: La acción pauliana en el Derecho Español.* En: La protección del crédito en Europa: la acción pauliana. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, pp. 43-71; Chazal, Jean-Pascal: Francia: *La acción pauliana en el Derecho francés.* En: La protección del crédito en Europa: la acción pauliana. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, pp. 73-94; Stevens, Robert y Lionel Smith: *Reino Unido: La acción pauliana en el Derecho Inglés.* En: La protección del crédito en Europa: la acción pauliana. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, pp. 95-111; Rojas Ascón, Juan Miguel: *Naturaleza jurídica y requisitos de la acción pauliana en el Código Civil de 1984.* En: Revista Jurídica Thomson Reuters Año II, N 54, 13 de enero de 2014, pp. 1-12; Roca Mendoza, Oreste Gherson: *Consideraciones jurídicas sobre la denominada acción pauliana. Nuevas perspectivas bajo un análisis dogmático-funcional.* Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Tesis para optar al título profesional de abogado, 2011, Asesor Juan Espinoza, http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1602/1/roca_mo.pdf ; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 129-134; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 230-251; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, pp. 452 y 463; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 233-238; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 348-355; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 271-280; Lalaguna Domínguez, *ob. cit.*, 2003, pp. 185-211 ("La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo).

[86] Véase sobre la evolución: Mélich Orsini, *El fraude..,* pp. 830-852.

[87] Véase: Juzgado de Los Municipios Ezequiel Zamora y Andrés Eloy Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 23-7-04, Exp. 102-2002, http://barinas.tsj.gob.ve/**decisiones**/2004/julio/824-23-102-2002-.html "La acción Revocatoria (llamada también pauliana), al igual que las otras acciones de protección del crédito implica que el deudor ha violado el deber de mantener la integridad de su patrimonio. Implica que el deudor se halla en estado de insolvencia o en inminente peligro de llegar a él. Pero la acción Revocatoria, a diferencia de la acción oblicua, no implica decidía, negligencia o inercia por parte del deudor, casi siempre ha sido generada dolosamente, por actos que le son propios. De esta manera los acreedores tienen un arma para atacar (revocar) los actos dolosos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos..." (Destacado nuestro).

[88] Rojas Ascón, *ob. cit.*, p. 2.

Así como la negligencia del deudor puede ser perjudicial para el acreedor también la acción fraudulenta de aquel[89]. Por la acción pauliana el acreedor puede hacer desaparecer los actos fraudulentos hechos en su perjuicio. Tiene su origen en Roma[90], inventada por el Pretor *Paulus*[91]. Se denomina también acción "revocatoria"[92]. De la misma manera que resulta un tanto insólito que ante la inactividad del deudor puedan sus acreedores proceder a cobrar lo que se le debe; resulta también un tanto sorprendente que realizado un acto dispositivo por ese mismo deudor, puedan los acreedores impugnar dicho acto al objeto de reintegrar al patrimonio los bienes huidos, y así poder realizar sus créditos[93].

La acción se le concede al acreedor para protegerlo contra el fraude de su deudor que disminuye su patrimonio[94] pues la falta de honradez o el fraude son mucho más temibles que su inacción[95]. La acción revocatoria no es sino el medio legal capaz de evitar los efectos nocivos del fraude del deudor. La ilicitud viene dada porque éste realiza actos jurídicos de disposición que conciernen a su patrimonio, disminuyendo así su garantía genérica, al punto de que el acreedor se encuentra ante la imposibilidad de lograr el cobro de su crédito[96].

Entre sus caracteres como acabamos de indicar se ubica que es conservativa, se ejerce en nombre propio (es personal), requiere fraude, el acto debe ser real. Se intenta al igual que la acción de simulación contra el deudor y el tercero en un *litis consorcio* necesario[97].

Se discute la naturaleza de la acción: si es de nulidad porque extingue el acto, de responsabilidad civil o mixta[98]. Para algunos constituye una acción de responsabilidad civil basada en el cuasidelito. Para otros simplemente con ella, el acreedor logra que el acto no le sea oponible. Pero aclaran los Mazeaud que "la acción pauliana no es ni una acción de nulidad ni una

---

[89] Véase: Jordano Fraga, *ob. cit.*, p. 3, mientras que la acción subrogatoria es un medio de protección o defensa frente a la inercia del deudor, pasividad u omisión, por dejar de ejercitar una facultad o derecho propio. En cambio, la acción revocatoria es un remedio contra actos o conductas positivas del deudor por medio de los cuales éste se empobrece su activo patrimonial.

[90] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 308 y 309; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 472.

[91] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 176. Véase en el mismo sentido: Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 259; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 272; Rojas Ascón, *ob. cit.*, p. 4.

[92] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 101; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 233; Ghersi, *ob. cit.*, p. 375 o también denominada "*acción de fraude*".

[93] Véase: Cristóbal Montes, *La vía...*, p. 43.

[94] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 255.

[95] *Ibid.*, p. 258.

[96] Palmero, *ob. cit.*, p. 199.

[97] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 902. Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 1-11-07, Exp. Nº 6024, http://yaracuy.tsj.gov.ve/DECISIONES/2007/.../1430-1-6024-.HTML.

[98] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 309 y 310.

acción de responsabilidad civil. Es una acción de inoponibilidad"[99]. Pues tiende a la declaración de ineficacia que tiene valor sólo frente al acreedor que ejercita la acción, único sujeto que puede obtener ventaja de ello[100]. La acción revocatoria representa en los hechos una acción de inoponibilidad y una condena. A pesar de todo, se halla en esas zonas grises del Derecho Civil con dificultades de encuadramiento con la apelación a fórmulas que importan el reconocimiento de imprecisiones técnico-jurídicas, que la ubican en instituciones *sui generis* o ambivalente[101]. La sanción del negocio es la revocación de los actos de disposición, en la medida necesaria para eliminar el perjuicio ocasionado al crédito del acreedor[102].

Los actos que pueden atacarse son: "actos jurídicos" por lo que se excluye hecho ilícito. Actos susceptibles de empobrecer al deudor, aunque no todos.

Dispone el artículo 1279 CC: "*Los acreedores pueden atacar en su propio nombre los actos que el deudor haya ejecutado en fraude de sus derechos. Se consideran ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores los actos a título gratuito del deudor insolvente al tiempo de dichos actos, o que ha llegado a serlo por consecuencia de ellos. También se consideran ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores los actos a título oneroso del deudor insolvente, cuando la insolvencia fuere notoria o cuando la persona que contrató con el deudor haya tenido motivo para conocerla. El acreedor quirografario que recibiere del deudor insolvente el pago de una deuda aún no vencida, quedará obligado a restituir a la masa lo que recibió. Presúmese fraudulentas de los derechos de los demás acreedores, las garantías de deudas aún no vencidas que el deudor insolvente hubiere dado a uno o más de los acreedores. La acción de que trata este artículo dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticia del acto que da origen a la acción, y la revocatoria no aprovecha sino a los acreedores anteriores a dicho acto, que la hayan demandado*".

Dispone el art. 1280 CC "*Dicha acción no puede intentarse por un acreedor cuya acreencia sea posterior en fecha al acto cuya revocación demanda, a menos que se presente como causahabiente de un acreedor anterior. En todos los casos la revocación del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado en el fraude, han adquirido derecho sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por revocación. Si los terceros han procedido de mala fe, quedan no sólo sujetos a la acción de revocación, sino también a la de daños y perjuicios*".

3.2. *Actos impugnables*

Los actos de disposición sujetos a la acción pauliana son entonces básicamente actos de enajenación y actos de renuncia. También entran en la

[99] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 257, 271-273.

[100] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 157.

[101] Palmero, *ob. cit.*, p. 204.

[102] *Ibid.*, p. 5.

categoría de esos actos de disposición los actos de disposición parcial como por ejemplo los actos de concesión de derechos reales de goce. En cuanto a la contracción de nuevas deudas las opiniones se dividen; la opinión tradicional excluye la posibilidad de impugnar tales actos por vía pauliana. Para otros, la admisión de esa postura tradicional conduciría a la supresión en la práctica de la cesión pauliana. No está sujeto a impugnación mediante la acción pauliana el pago de una deuda vencida, siempre que el mismo acontezca de una forma normal. Por lo que debe tenerse en cuenta el artículo 1279 del CC. Por otra parte, la dación en pago y la novación podrían ser atacadas por vía pauliana siempre que revelen el propósito de favorecer a unos acreedores en perjuicio de otros: las figuras serán revocables en cuanto al valor de la dación o en cuanto al valor de la nueva obligación asumida y que exceda de la deuda que mediante ella se trata de extinguir[103].

Vimos que la renuncia a la herencia cuenta con la disposición especial del artículo 1017 CC. La prescripción no opuesta por el deudor puede oponerla el acreedor según el art. 1958 CC. Y la partición es objeto de una disposición especial, a saber, el artículo 766 del CC: "*Los acreedores de un comunero pueden oponerse a que se proceda a la división sin su intervención, y pueden intervenir a su costa; pero no pueden impugnar una división consumada,* **excepto en caso de fraude** *o de que dicha división se haya efectuado a pesar de formal oposición, y salvo siempre a ellos el ejercicio de los derechos de su deudor*". Obsérvese que la norma indica "*excepto en caso de fraude"* lo que supone una clara referencia a la posibilidad de impugnar la división por fraudulenta. Sin embargo, en opinión de Lagrange debe entenderse en el sentido de que lo importante es la determinación fraudulenta de la cuantía de aquello que se atribuya al comunero en la partición. Es decir, el lote de bienes o porción de la cosa común, o la cantidad de dinero, o el valor del bien extraño a la masa partible, que se adjudique al comunero en la partición. Lo cual puede significar perjuicio para los acreedores de esa persona. Y pueden impugnar el resultado de la partición mediante la acción pauliana.

Finalmente, otra hipótesis es la del *negotium mixtum cum donatione.* Expresión que traducida literalmente es negocio mixto con donación. Se refiere a la hipótesis de la venta de un bien hecha por un precio muy inferior al valor real de ese bien. La impugnación a decir de Lagrange se extendería a la parte no onerosa.

3.3. *Requisitos*[104]

---

[103] Lagrange, *Apuntes...*, (agregaba entre los actos neutros –ni gratuitos ni onerosos– que pueden ser impugnados por la acción pauliana la aceptación de la herencia pura y simple). Sin embargo también cuentan los acreedores en principio con la acción de "separación de patrimonios". Véase sobre ésta última: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 140-147.

[104] Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 220-225; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. I, pp. 249-254; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.,* pp. 180-183; Casas Rincón, *ob. cit.,* T. II, pp. 473-476; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 21-4-06, Exp. KP02-V-2004-000291, http://lara.tsj.gov.ve/DECISIONES/.../652-21-KP02-V-2004-000291-.HTML; Mazeaud y otros, *ob. cit.,* Parte Segunda, Vol. III, pp. 264-271; Rojas Ascón, ob. cit., pp. 5-7.

La acción revocatoria es un remedio que la ley concede en exclusiva a los acreedores y por tanto, su ejercicio consistirá siempre en la existencia de un crédito[105].

3.3.1. *Relativos a las partes*: que exista *interés de parte del acreedor.* Que el acreedor debe experimentar un *daño*[106] por el acto que quiere impugnar y debe probar el daño *(eventus damni).* Se precisa pues un perjuicio o peligro para el acreedor, actual o eventual, esto es que el acto de disposición ejecutado por el deudor representa para la integridad del patrimonio. De tal suerte, que la presente acción a semejanza de la acción oblicua precisa un daño, pero la diferencia viene dada porque en la oblicua el deudor presenta una conducta omisiva en tanto que en la pauliana se aprecia un comportamiento activo, toda vez que el sujeto realiza actos de fraude dirigidos a hacerse insolvente o a frustrar en todo caso las medidas que pudieren intentar sus acreedores para hacer efectivos sus derechos. El evento dañoso no precisa de un resultado inmediato sino que basta un perjuicio eventual: la determinación del *eventus damni* es una cuestión de hecho, que debe determinarse en atención a circunstancias en concreto.

Generalmente, tendrá interés en intentar la acción el acreedor quirografario o el acreedor con privilegio general, pues el acreedor prendario o hipotecario tiene su crédito garantizado. Lo mismo vale decir del acreedor con privilegio especial que comporte un derecho de persecución. Salvo que tales garantías no sean suficientes para la satisfacción de sus intereses.

El deudor debe ser *insolvente*[107] porque de lo contrario carece de interés el acreedor en el sentido de que no existe un perjuicio actual. Sin embargo, para Rodríguez Ferrara no se precisa necesariamente "insolvencia" sino inminente peligro[108]. En sentido semejante, Palacios Herrera refiere que si bien la insolvencia consiste en el hecho de que el activo patrimonial sea inferior al pasivo; no hay sin embargo que atenerse siempre a la computación matemática. Pues puede ser que el pasivo sea menor y sin embargo proceda la acción porque existe insolvencia "práctica" mas no teórica[109]. A veces una persona tiene un activo aparentemente cuantioso pero formado por elementos que no es fácil convertir en dinero.

---

[105] CRISTÓBAL MONTES, *La vía...*, p. 85, el acreedor natural no podría exigir el pago y por tal contar con la acción.

[106] Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 310, se requiere el "*eventos damni*", un daño que sufra el acreedor por efecto del acto del deudor, por eso para algunos es una acción de responsabilidad. Se excluye créditos posteriores al acto del deudor; Cristóbal Montes, *La vía..*, p. 126, el daño o perjuicio debe presentar cierta entidad.

[107] Véase: CRISTÓBAL MONTES, *La vía..*, p. 129, la insolvencia debe jugar, pero hay que saberla entender adecuadamente. Dará lo mismo cuando por virtud del acto dispositivo impugnado el acreedor no pueda cobrar su acreencia, como cuando por razón del mismo dicho acreedor vea reducida la plena satisfacción o se le torne más difícil o complicada la percepción de su crédito.

[108] RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 180.

[109] Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 310, por ejemplo, si los bienes que constituyen el excedente del activo sobre el pasivo son inembargables, habrá insolvencia desde el punto de vista pauliano.

3.3.2. *Relativos al acto*: el acto debe ser "*fraudulento*". De allí que el elemento subjetivo en la acción pauliana se identifica en la tradición del Derecho Civil con el fraude[110]. Consiste en la conciencia del deudor de ocasionar un perjuicio a sus acreedores. Precisa complicidad del tercero[111]. Se alude a "*consilium fraudis*"[112]. Aunque se ha criticado una idea rígida de éste que pretende hacer necesario el *animus nocendi* entre el deudor y el tercero[113].

De allí que ante la dificultad de la prueba del fraude por tratarse de un elemento eminentemente espiritual, generalmente sin perjuicio de otras pruebas se acreditará generalmente por presunciones[114]. Se presume fraude *iure et de iure* cuando los actos son a título gratuito (CC 1279) y se presume *iuris tantum* en los actos a título oneroso *cuando la insolvencia fuere notoria*[115], toda vez que los actos a título oneroso suponen una contraprestación. Para Rodríguez Ferrara ambos han de presumirse en forma absoluta si *en los onerosos la insolvencia fuere notoria o cuando el tercero tenía motivo para conocerla*[116]. Conclusión que comparte Orángel Rodríguez (Juicio crítico sobre la acción pauliana) según refiere Palacios Herrera, toda vez que para el autor si ello se basa en la presunción de que todo deudor conoce su situación patrimonial ello es perfectamente aplicable a los actos a título oneroso, aunque Palacios le hace algunas críticas pues en el acto a título oneroso no hay empobrecimiento del deudor[117]. Y la acción sólo se aplica a los actos de empobrecimiento[118].También se presumen fraudulentos: el pago hecho por deudor insolvente de una deuda no vencida y las garantías de deudas aun no vencidas a otros acreedores[119].

---

[110] Martinelli, Domenico: Italia: *El papel del elemento subjetivo del acto revocable según la doctrina italiana y española*. En: La protección del crédito en Europa: la acción pauliana. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, p. 124.

[111] Véase sobre la complicidad del tercero: Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 475 y 476.

[112] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 311, discutiéndose si se precisa la intención de dañar o basta el *animus nocendi* que es la simple representación del daño; Rivero, *ob. cit.*, p. 58, en la disciplina española el acto fraudulento tiene un elemento subjetivo: el llamado *consilium fraudis*. Supone una connivencia o acuerdo fraudulento; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 235; Rojas Ascón, *ob. cit.*, pp. 6 y 7.

[113] Martinelli, *ob. cit.*, p. 128.

[114] Rivero, *ob. cit.*, p. 60.

[115] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 251 y 252, si el acto es gratuito (*iure et de iure*) u oneroso (*iuris tantum*); de los Municipios Ezequiel Zamora y Andrés Eloy Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 23-7-04, Exp. 102-2002, http://barinas.tsj.gob.ve/**decisiones**/2004/julio/824-23-102-2002-.html .

[116] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp., 181 y 182, "La ley, antes esta circunstancia, ha establecido presunciones de dolo (todas de carácter absoluto) para así relevar al acreedor, en algunas circunstancias, de la prueba del fraude. Estas presunciones, todas contenidas en el artículo 1279".

[117] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 311 y 312.

[118] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 477.

[119] Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 16-9-09, Exp. 5949, http://jca.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2009/.../1321-16-5949-04.HTML" Las dudas y discusiones que ha surgido en el campo de la doctrina extranjera respecto al fraude, sus condiciones y aspectos, se aminoran

Para Lagrange lo que acontece según el artículo 1279 del CC es que tratándose de actos a título gratuito la ley no exige para el éxito de la pauliana la participación fraudulenta del tercero. Es una manera impropia de decir que en tal caso la ley presume *iure et de iure* el fraude, pues lo propio es sostener que en tal caso la ley no exige la participación fraudulenta del adquirente. Ello se explica cuando un tercero contrata con el deudor un acto a título gratuito. Un acto que empobrece al deudor y está dirigido a enriquecer al tercero. Se plantea desde el punto de vista de la acción pauliana un conflicto de intereses; por un lado estará el interés del acreedor que ejerce la acción que trata de evitar un daño, a saber, la insolvencia del deudor. Mientras que el tercero trata de conservar el lucro derivado de la adquisición gratuita. La ley al sopesar el interés de evitar un daño con el interés menos respetable de conservar un lucro, se inclina a favor del acreedor. Esa es la razón por la que el segundo párrafo del artículo 1279 CC no exige la participación fraudulenta del tercero.

Distinta es la situación cuando el tercero contratante es a título oneroso, en que se determina una presunción *iuris tantum* de fraude a cargo del tercero, esto es, la ley presume la participación fraudulenta del tercero. Cuando éste hace un sacrificio patrimonial, la revocación del acto por la pauliana puede significarle no solamente la frustración de un beneficio sino un perjuicio para el tercero mismo. Por lo que se balancea el perjuicio al acreedor y el perjuicio que trata de evitarse ese tercero contratante. Aquí la ponderación es más delicada. Por lo que el legislador presume el fraude del tercero si la insolvencia es notoria para el tiempo que contrató o sin ser notoria la insolvencia el tercero tenía motivos para conocerla. Pero es una presunción *iuris tantum* porque aun en tal hipótesis le cabría al tercero, la posibilidad de que siendo el acto económicamente equilibrado no fue ejecutado con la finalidad de defraudar a los acreedores, sino que sencillamente se trataba de un acto de disposición no fraudulento. Vale recordar al efecto el artículo 1279 en su cuarto párrafo del CC.

Finalmente, se precisa la *anterioridad del crédito* respecto del acto de disposición[120]. Pues recordemos que a tenor del artículo 1280 del CC en su primer párrafo *"no puede intentarse por un acreedor cuya acreencia sea posterior en fecha al acto cuya revocación demanda, a menos que se presente como causahabiente de un acreedor anterior"*.

---

considerablemente en Venezuela, donde nuestro Código Civil presume de modo absoluto (irrefragable o juris et de jure) el fraude cuando los actos efectuados por el deudor son a título gratuito... Respecto de los actos a título oneroso efectuados por el deudor insolvente, se consideran fraudulentos "cuando la insolvencia fuere notoria o cuando la persona que contrató con el deudor haya tenido motivos para conocerla" (tercer párrafo del artículo 1279).

[120] Véase: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 275, el crédito del acreedor que intenta la acción pauliana debe ser anterior el acto que pretende combatir. Si su derecho fuere posterior al hecho que provocó o acentuó la insolvencia del deudor, resultaría que desde un principio habría negociado ya con un insolvente, y este no habría agravado la situación patrimonial del deudor.

Esto pues antes de efectuarse el acto de disposición el acreedor no era tal y el deudor no podía haberse propuesto perjudicarlo, pues tal crédito no existía. Por excepción, de conformidad con la misma norma, el crédito *puede ser posterior al acto de disposición si se trata de un causahabiente del acreedor*, es decir, como subrogado en la acreencia de un acreedor anterior. Por ello, además de tratarse de un crédito cierto, líquido y exigible ha de ser una crédito de *fecha cierta*, lo cual se determinará conforme al artículo 1369 del CC.

3.3.3. *Relativos al crédito*: debe ser *cierto, líquido y exigible*[121], anterior al acto fraudulento, se precisa citación del deudor aunque la acción se dirige contra el tercero que ha contratado con éste. Pues frente al tercero el fraude será declarado con el fin de que éste no produzca efectos perjudiciales contra el acreedor actuante. Pero la citación del deudor permite que lo alcance los efectos de la cosa juzgada.

Indica una decisión judicial que "para intentar la acción pauliana, la misma debe cumplir con ciertos caracteres como es: a) Es una acción destinada a conservar entre otros el patrimonio del deudor frente al acreedor que la intenta. b) El acreedor que la intenta, actúa en nombre propio y ejerce un derecho propio. c) Esta acción, requiere de la existencia del fraude, es decir la intención del deudor de hacerse insolvente. d) El acto que se impugna debe haberse realizado es decir haberse efectuado"[122].

3.4. *Plazo*

La acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores "tuvieron noticia del acto que da origen a la acción" (artículo 1279, sexto párrafo del CC). Se dice que debió tomarse el acto en sí pues la prueba de la noticia del acto es difícil.

3.5. *Efectos*[123]

3.5.1. *Respecto al objeto y al deudor*: restituir el bien al patrimonio del deudor, reponer las cosas al estado original[124]. Si ello no es posible rige la responsabilidad civil del tercero y deudor. La acción pauliana no produce ningún efecto respecto al deudor, de modo que éste continúa obligado frente al tercero con quien contrató el acto fraudulento en los mismos términos en los cuales venía estándolo ante del ejercicio de la acción y para el momento de la sentencia que declara con lugar esa acción. La ineficacia

---

[121] Maduro Luyando, *ob. cit.,* 223; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.,* p. 181; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. I, p. 254. Véase en sentido contrario: Cristóbal Montes, *La vía..,* pp. 93-101, lo importante es la protección del crédito.

[122] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 1-11-07, Exp. 6024, http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1430-1-6024-.html.

[123] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.,* 225-228; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.,* pp. 183-185; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. I, pp. 255-259; Casas Rincón, *ob. cit.,* T. II, pp. 479-482; Dominici, *ob. cit.,* pp. 78 y 781; Lagrange, *Apuntes...;* Mazeaud y otros, *ob. cit.,* Parte Segunda, Vol. III, pp. 273-277.

[124] Véase: Acedo Penco, *ob. cit.,* p. 235, su principal finalidad como su nombre lo denota es la "revocación" del acto fraudulento del deudor.

revocatoria permite obviar respecto del acreedor que la ejerce los efectos perjudiciales del acto impugnado. Su efecto es siempre la reintegración respecto del acreedor actor de la garantía patrimonial que le fue lesionada por el acto debitorio impugnado. Reintegración por vía de ineficacia relativa y limitada[125].

3.5.2. *Respecto a las personas intervinientes y terceros*: la acción aprovecha solo al acreedor demandante pero el acto es oponible a los demás acreedores por lo que no se parece a acción de nulidad[126]. Respecto al tercero el acto no les es oponible al acreedor que la ejerció pero si a los demás. Aunque se distingue entre tercero de *mala fe* y tercero de *buena fe*. En caso de buena fe, queda obligado a restituir la cosa pero conserva frutos, no responde por deterioro ni por daños y perjuicios. Por lo que la revocatoria pronunciada judicialmente no llega a alcanzar o perjudicar al adquirente inmediato del deudor que ha contratado con el deudor a título oneroso y de buena fe. Es decir, no perjudica al adquirente a título oneroso que contrató en la ignorancia del carácter fraudulento del acto de disposición.

Hay una excepción en el párrafo segundo del artículo 1280 "*En todos los casos la revocación del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado en el fraude, han adquirido derecho sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por revocación*". Así pues, la revocatoria pronunciada judicialmente no perjudica al tercero subadquirente de buena fe, que haya adquirido derechos sobre un inmueble perteneciente hasta ese momento al deudor con anterioridad al registro de la demanda por la cual ha sido ejercida la acción pauliana. El citado artículo 1280 debe conectarse con el artículo 1921, ord. 2[127], que plantea la necesidad de registro de la acción pauliana con el objeto de que se haga conocible a los terceros. Si el tercero contrata de buena fe con anterioridad al registro de la demanda (no de la sentencia de la revocación) esa adquisición será firme y escapa al efecto de la sentencia. En tanto que si ese tercero de buena fe adquiere derechos posteriores al registro de la demanda, la revocación sí produce efectos en su perjuicio.

La revocatoria judicial sí afecta al tercero de mala fe, esto es, que ha participado en el fraude perpetrado por el deudor[128]. Vale recordar que

[125] Jordano Fraga, *ob. cit.*, p. 17.

[126] Véase: Rojas Ascón, *ob. cit.*, pp. 7-9, la acción revocatoria no es una de nulidad, sino una de ineficacia relativa de los actos impugnados. La finalidad que persigue es dejar al objeto del acto de disposición dispuestos para la acción ejecutiva del acreedor. El efecto que se debe paralizar es la sustracción del bien, consiguiendo el acreedor una reintegración a su favor de la garantía patrimonial del deudor. En cambio la nulidad protege intereses públicos.

[127] "Deben igualmente registrarse para los efectos establecidos por la Ley: 1º. El decreto de embargo de inmuebles. 2º. Las demandas a que se refieren los artículos 1279, 1281, 1350, 1466 y 1562. Bastará para los efectos de este artículo que se ponga nota al margen de los instrumentos respectivos, en la cual se haga referencia del decreto de embargo o de las demandas propuestas".

[128] Véase: Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 325 y 326, la mala fe del tercero subadquirente equivale al conocimiento o a la ignorancia culpable/negligente, existente al tiempo de su propia adquisición, del perjuicio económico que la enajenación debitoria. La mala fe permite sujetar también a él, los efectos

respecto del adquirente a título gratuito la ley da el mismo tratamiento que el tercero de mala fe.

Finalmente, la revocatoria no opera en perjuicio del tercero que ha adquirido de buena fe un derecho sobre una cosa mueble no registrable. Aplica el artículo 794, primer párrafo del CC que dispone que en materia de bienes muebles la posesión genera una presunción de título.

3.5.3. *Respecto a los demás acreedores*

3.5.3.1. *Del deudor*: No produce efectos respecto de los demás acreedores que no la intentaron a diferencia de la acción oblicua. Se trata de una acción estrictamente individual que beneficia únicamente al acreedor que la ha ejercido. Así lo indica expresamente el artículo 1279 CC: "*La revocatoria no aprovecha sino a los acreedores anteriores a dicho acto que la hayan demandado*".

3.5.3.2. *Respecto a los acreedores del tercero*: Produce los mismos efectos que respecto al tercero (acto se considera revocado). Respecto de los acreedores del tercero que contrató con el deudor, la acción declarada con lugar produce los mismos efectos que respecto del tercero. Esto significa que los acreedores del tercero no concurren con el acreedor accionante sobre los bienes del tercero. Porque para ellos, el acto fraudulento de disposición ha quedado revocado.

3.5.4. *Respecto a los subadquirentes del tercero*: Cuando el tercero ha enajenado la cosa a otra persona subadquirente puede ejercerse acción contra este último. Si es de mala fe queda expuesto a los efectos de la acción, pero si es de buena fe queda fuera de los efectos de la acción pauliana. Si es un inmueble el acreedor puede recobrar dicho bien respetando el gravamen.

"Ha de tratarse de actos reales y no fingidos, pues si el acto del deudor fuera simulado" procedería la acción de simulación[129]. La acción produce entonces efectos relativos[130], que en ocasiones alcanza a los subadquierentes[131].

3.6. *Modo en que funciona la revocatoria*[132]

La revocatoria no constituye una suerte de nulidad. No tiene por objeto o efecto hacer nulo el acto fraudulento, su validez no se perjudica. Lo que determina la acción pauliana es una consecuencia extraordinaria, a saber, que el acto de disposición se considere jurídicamente ineficaz respecto del

---

de la acción revocatoria victoriosa referida a la enajenación del deudor (al perjuicio económico que ésta causó a sus acreedores; a la impugnabilidad posible o impugnación efectiva de la misma y no a la subenajenación sucesiva que es su propio título adquisitivo). La buena fe se presume también respecto del tercero subadquirente por lo que corresponde al acreedor impugnante la carga de la prueba.

129 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 155.

130 Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 481 y 482; Dominici, *ob. cit.*, p. 780.

131 Dominici, *ob. cit.*, p. 781.

132 Lagrange, *Apuntes*...

acreedor que ha ejercido la acción y ha obtenido una sentencia favorable[133]. Es como si respecto de él, dicho acto fraudulento no se hubiere realizado; no le es oponible. Como si el bien no hubiere salido del patrimonio del deudor cuando lo cierto es que sí salió. Y este acreedor sí puede agredir patrimonialmente ese bien para satisfacer su interés, no obstante que pertenezca a una persona distinta al deudor. El efecto de la inoponibilidad o ineficacia relativa al acto de disposición es característico de la acción pauliana. Por lo que revocación no es anulación; es ineficacia absoluta del acto. Pues la acción pauliana se ejerce siempre y sin excepción contra el tercero en cuyo patrimonio se encuentra para el momento del ejercicio de esa acción el bien del cual dispuso fraudulentamente el deudor. Aunque como se indicó resulta conveniente citar al deudor para que lo alcance el efecto de la cosa juzgada[134]. Pero la revocatoria solo beneficiará al acreedor que la ejerció dentro de los límites del crédito en virtud del cual él procedió a demandar en ejercicio de la acción pauliana.

En cuanto al valor del acto de disposición la acción pauliana le afecta solo por el valor del crédito en cuestión. El adquirente conserva en parte la adquisición que ha hecho. Así por ejemplo si el crédito en virtud del cual ha procedido el acreedor demandante es el crédito de un millón de bolívares. Mientras que el valor del acto de disposición es de dos millones, y éste acto es revocado por la pauliana, entonces la revocación sólo opera dentro del límite de un millón de bolívares y no respecto del resto, para el que no sería útil el efecto extraordinario de la ineficacia relativa que produce la sentencia de revocación.

4. Acción de simulación[135]

4.1 *Noción y elementos*

Refiere el artículo 1281 CC: "*Los acreedores pueden también pedir la declaratoria de simulación de los actos ejecutados por el deudor. Esta acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticias del acto simulado. La simulación, una vez declarada, no produce efecto en*

---

[133] Véase: Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 278, el acto atacado con la acción pauliana seguirá generando efectos para todo el mundo, salvo para el acreedor que demandó la invalidez, en tanto que la nulidad absoluta, privan los efectos del acto respecto de todos.

[134] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 1-11-07, Exp. 6024, http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1430-1-6024-.html; véase: Sirvent García, *ob. cit.*, p. 21, legislaciones como la italiana refieren expresamente que debe citarse al deudor, en tanto que en el ordenamiento argentino se regula pormenorizadamente la intervención del deudor en el proceso en que se ejercita la acción subrogatoria.

[135] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 585-588; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 187-192; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 433-465; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 316-318; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. I, pp. 259-265; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 485-497; Calvo Baca, ob.cit., pp. 208-220; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 489-506; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 151-158; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 835-874; Zambrano, *ob. cit.*, pp. 315-322; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 63-65; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 187-189; Palmero, *ob. cit.*, pp. 113-115; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 280-286; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 871-877; Parraguez Ruiz, Luis Sergio: *El negocio jurídico simulado.* Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012, http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/.../DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf.

perjuicio de los terceros, que no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación. Si los terceros han procedido de mala fe quedan no solo sujetos a la acción de simulación sino también a la de daños y perjuicios".

La norma consagra la acción de simulación por parte del acreedor, esto es como acción protectora del crédito. No obstante la simulación es una figura que puede tener un alcance más general, cuando un acto jurídico formalmente no se corresponde con su sentido o intención real. Se ataca un acto ficticio o irreal. En la simulación hay una discordancia entre lo que se declara y lo que se hace. Los actos simulados, al menos aparentemente, pueden menoscabar el patrimonio del deudor haciendo desaparecer bienes que integran la prenda común de los acreedores[136]. De allí que se pretenda una declaratoria judicial de "simulación" sobre un asunto o negocio jurídico[137].

La simulación o el negocio jurídico simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es contrario de cómo parece[138]. La simulación consiste en una declaración de un contenido de voluntades no real. Las partes tienen el deliberado propósito de producir una apariencia engañosa. Cuando detrás de la apariencia no hay nada se alude a simulación absoluta. Cuando detrás de la apariencia hay un negocio jurídico distinto se alude a simulación relativa[139]. La simulación puede entonces ser absoluta o relativa, si todo es simulado o si existe cierta realidad. La simulación relativa esconde otro negocio y algún elemento como el precio, por ejemplo, por razones de impuesto. También se distingue la interposición ficticia o interposición simulada de personas en que las partes celebran un contrato pero en realidad se celebra con una tercera persona que no aparece referida en el acuerdo simulatorio[140]. La nota característica de la simulación está dada por la violación del deber general de "buena fe", pues en una concomitancia ilícita se crea la apariencia de un acto que en la realidad no existió o que difiere del que las partes realizaron[141].

Entre los elementos de la simulación se ubica: dos declaraciones de voluntad deliberadamente disconformes con la verdadera intención o propósito de las partes; que esas declaraciones de voluntad hayan sido concertadas, esto es derivadas del acuerdo de las partes; y finalmente el propósito de engañar a los terceros. Generalmente la simulación tiene un fin ilícito aun-

---

[136] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 97.

[137] Ghersi, *ob. cit.*, p. 379.

[138] Parraguez Ruiz, *ob. cit.*, p. 32.

[139] TSJ/SCC, Sent. Nº 0350 del 3-7-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-0350-030702-01227%20.htm .

[140] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina....*, p. 846; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 189; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 452-456, alude a simulación absoluta, relativa y a la interposición de persona (prestanombre, testaferro u hombre de paja); Lagrange, *Apuntes...*

[141] Palmero, *ob. cit.*, p. 114.

que excepcionalmente pudiera tener un fin lícito[142], por ejemplo, el padre que hace creer al hijo que ha perdido su fortuna para que éste se dedique a estudiar. Pero frecuentemente los negocios simulados son utilizados para defraudar a los acreedores[143]. El acreedor puede entablar las acciones de simulación que entienda le corresponden, a fin de que se declare la falsedad de tales actos y vuelvan esos bienes a figurar bajo su titularidad. Aunque más que "vuelvan" a ingresar, más propiamente es que se declare que sigan perteneciendo al deudor[144].

Como acción de protección del crédito, la simulación, al igual que las previas acciones estudiadas (oblicua y pauliana) supone *insolvencia* del deudor, cuando éste finge determinados actos en perjuicios de sus acreedores. Se trata de una acción de conservación que precisa la "insolvencia" del deudor, por lo que no procede ante actos simulados si el deudor está solvente, porque en tal caso el acreedor carecería de interés en cuanto a su ejercicio. Los actos pueden ser lícitos o fraudulentos.

"Se trata de una divergencia consciente y deliberada entre la voluntad real y la voluntad declarada. En segundo término, el acto ficticio u ostensible que corresponde a la voluntad declarada es decir, el presunto negocio jurídico indicativo de la voluntad de las partes"[145].

La *causa simulandi* debería probarse[146], aunque sea por vía de indicios[147]. Hay negocios jurídicos no simulables por su naturaleza entre los que cabe citar, los negocios jurídicos familiares, la sociedad, los negocios unilaterales y el proceso judicial. Aunque respecto del último se ha admitido la posibilidad de fraude procesal[148].

4.2. *Requisitos*

4.2.1. *Interés del acreedor*: la acción de simulación requiere ante todo el interés del acreedor que se traduce en la delicada situación patrimonial del deudor[149]. El único requisito para promover la acción de simulación es que quien demanda tenga un interés legítimo, lo cual es una aplicación del principio común contenido en el artículo 16 del Código de Procedimiento

[142] LAGRANGE, *Apuntes...*

[143] ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 63.

[144] PALMERO, *ob. cit.*, p. 114.

[145] Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 15-2-11, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/516-15-36006-064.html Véase también entre otras: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 27-9-10, Exp. 41.121, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/septiembre/512-27-41121-502.html ; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 4-6-05, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/390-4-15.163-.html.

[146] MÉLICH ORSINI, *Doctrina....*, p. 858.

[147] *Ibid.*, p. 856.

[148] *Ibid.*, p. 840.

[149] RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 190.

Civil, según el cual para proponer una demanda en juicio es menester tener interés directo en ello, aunque ese interés sea eventual o futuro, salvo que la ley lo exija actual[150].

4.2.2. *Insolvencia del deudor*[151]: al igual que las demás acciones protectoras del crédito, la acción de simulación carece de interés para el acreedor si el deudor presenta una situación patrimonial satisfactoria.

4.2.3. *Acto ficticio*: se precisa un acto irreal ya sea en su totalidad o en algún extremo del mismo[152]. La simulación no se presume sino que debe ser probada. Respecto de lo cual según veremos *infra* debe distinguirse entre las partes y los terceros.

4.2.4. *No importa la fecha del crédito*: a diferencia de la acción pauliana que precisa en principio que el crédito sea anterior al acto salvo que se trate de causahabientes del acreedor. Tanto los acreedores anteriores como posteriores al acto puede acudir a la presente acción[153].

4.2.5. *La acción se dirige contra las partes del acto*[154]*:* tiene efectos *erga omnes*, aprovecha a todos los acreedores del deudor demandantes o no[155], a diferencia de la acción pauliana que sólo beneficia a quien la ejerce. Mélich Orsini cita a Camona, quien crítica que la doctrina ve en la acción de simulación una acción de nulidad[156].

La acción de simulación y la revocatoria o pauliana pueden proponerse alternativamente no son excluyentes[157]. Esto significa que no pueden acumularse sino proponerse subsidiariamente[158].

---

150 Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 4-6-05, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/390-4-15.163-.html.

151 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 188. Véase en sentido contrario: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 587, para el autor NO se precisa insolvencia.

152 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 190.

153 *Idem.*

154 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 585; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 4-6-05, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/390-4-15.163-.html "Conforme a la definición de la acción de simulación que aparece indicada al principio de esta sentencia, ella compete a las partes del acto simulado o a los terceros interesados. Resulta un requisito para el ejercicio de la acción por parte de un tercero interesado, que la demanda se proponga contra las partes intervinientes en el negocio que se pretende simulado: Así lo tiene acogido la doctrina y asentado la jurisprudencia, como el fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 19 de Julio de 2002 (Ramírez y Garay, Julio 2002-1247-02. P. 293), donde se afirmó: "En el caso de la simulación, no sólo deben ser demandados los simuladores, sino los que registralmente aparezcan como propietarios del bien".

155 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 586.

156 Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 869, nota 87. Véase sin embargo: TSJ/SCC, Sent. 395 del 13-6-08, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC.00395-13608-2008-07-572.HTML.

157 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 192.

158 Véase: Juzgado Tercero del Municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 5-8-09, Exp. FP02-V-2009-001249 Resolución: PJ0262009000116 http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/agosto/1989-5-FP02-V-2009-001249-PJ0262009000116.html.

4.3. *Prueba de la simulación*[159]
La simulación consiste en una apariencia, en un disfraz de la realidad. El negocio simulado mientras no sea impugnado, como es natural, produce sus efectos. Quien alegue la simulación tendrá la carga de la prueba ya se trate de impugnar el acto contenido en un documento público o privado según indica el artículo 1382[160] del CC. Por lo que todo contrato se presume sincero y quien alegue la simulación debe probarla[161]. La prueba de la simulación es distinta entre las partes contratantes que entre los terceros o frente a terceros.

4.3.1. *La prueba entre las partes contratantes*[162]: cuando dos personas se proponen crear una apariencia de contrato o negocio simulado es frecuente que a su vez redacten unas contradeclaraciones, esto es, hagan constar sus verdaderas voluntades en un documento paralelo que se denomina contradocumento o contraescritura[163], el cual está referido en el artículo 1362 "*Los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumento público, no producen efecto sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se los puede oponer a terceros*". Puede existir simulación sin contradocumento pero a los fines de que la otra parte se niegue a reconocer la simulación es que encuentra sentido la figura cuya validez se limite a las partes. Por lo que afirma la doctrina que debe superarse la creencia que la única prueba es el contradocumento sino que rige la amplitud probatoria[164].

Por "partes", debe entenderse no solo las que han intervenido en el acto simulado, sino también sus causahabientes universales o a título

[159] Véase Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 462-465; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 190 y 191; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 491 y 492.

[160] "*No dan motivo a la tacha del instrumento, la simulación, el fraude, ni el dolo en que hubieren incurrido sus otorgantes, sino a las acciones o excepciones que se refieran al acto jurídico mismo que aparezca expresado en el instrumento*".

[161] Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 491.

[162] Véase: Angrisano Silva, Humberto: *La carga de la prueba en la simulación.* En: II Jornadas Aníbal Dominici. Homenaje a Dr. Román Duque Corredor. Simulación, levantamiento del velo societario, Grupo de Sociedades. Venezuela, Salaverría, Ramos, Romero y Asociados/Ediciones Funeda, 2010, pp. 357-380; Saghy Cadenas, Pedro J.: *La simulación de contrato y su prueba. Notas para una conferencia.* En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés". Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 367-373.

[163] Véase: Guanipa Villalobos, José Manuel: *Prueba de la simulación y mito del contradocumento.* En: Cuestiones Jurídicas. Vol. I, Nº 1, Enero-junio 2007, Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, pp. 58-80; Angrisano Silva, *La carga...*, pp. 373-375; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 98, para ocultar la existencia de la convención que celebran las partes disponen a veces un acto aparente que no contiene su voluntad real y que encubre el verdadero contrato entregándose así a la simulación. La contraescritura es pues, un contrato mantenido en secreto y que las partes conciertan antes o al mismo tiempo que un acto aparente, que no corresponde a su voluntad y con la finalidad exclusiva de disimular la realidad.

[164] Angrisano Silva, *La carga...*, p. 373.

universal[165]. En sentencia 5-12-72 la CSJ restringió el concepto de partes solo a los otorgantes del acto simulado y no a sus herederos y causahabientes. A las partes se le reconoce tres medios de prueba contradocumento, posiciones juradas, juramento deferido o referido y confesión y para los terceros son ilimitados[166]. Mal pudieran las partes pretender acudir a la prueba testimonial por propia limitación del artículo 1387 del CC, así como tampoco a las de presunciones por extensión del artículo 1399 CC[167].

Las partes tienen límites probatorios a diferencia de los terceros que tienen libertad probatoria. Aun cuando la sentencia Nº 00155 de la Sala de Casación Civil de 27-3-07 asimiló impropiamente las facultades probatorias de las partes y la de los terceros, si bien en posterior sentencia retornó al criterio original[168].

Conforme al régimen previsto en el segundo aparte del artículo 1281 CC luego de registrada la demanda por simulación los terceros, es decir, quienes no fueron parte del negocio simulado, que adquieran derechos sobre el inmueble quedan sujetos a los efectos de la sentencia que declare

---

[165] Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 22-2-07, Exp. 08750 http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1241-21-08750-033-2007-D.html "entre las partes la prueba por excelencia de la simulación es la prueba escrita o contradocumento, no admitiéndose la prueba de testigo porque se considera que las partes han tenido oportunidad de reducir a escrito el acto verdadero o real y por la imposibilidad de que proceda la prueba de testigo para demostrar lo contrario de una convención que consta por escrito en un documento público o privado, o lo que lo modifique, a menos que exista un principio de prueba por escrito o en los demás casos en que dicha prueba es admisible".

[166] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 191, nota 172.

[167] A diferencia de la materia mercantil. Véase: TSJ/SCC, Sent. 00305 del 12-4-04, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Abril/RC-00305-120404-01181.htm "las reglas aplicables al caso bajo examen son las contenidas en los artículos 124 y 128 del Código de Comercio". La regla contenida en los dos primeros párrafos del artículo citado es aplicable a todas aquellas convenciones celebradas entre no comerciantes. En el mismo sentido: Tribunal Superior, actuando en sede Constitucional, en San Fernando de Apure , Sent. 21-2-11. Exp. 3422, http://apure.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/FEBRERO/444-21-3422-3422.HTML.

[168] Véase: Saghy Cadenas, Pedro: *La facultad probatoria de las partes en los casos de simulación de contrato (nuevo cambio de criterio)*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 131. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2008, pp. 235-244, dicha sentencia reinterpreta el artículo 1387 CC, modificando el criterio existente desde 1968. La Sala afirma que tanto las partes como los terceros deben gozar de la misma libertad probatoria en materia de simulación. Posteriormente, la Sala cambia de criterio mediante sentencia Nº 01031 del 19 de diciembre de 2007, retoma la aplicación del artículo 1387 CC conforme a la diferencia entre la partes y los terceros; Saghy Cadenas, Pedro: *Sala de Casación Civil: Libertad de pruebas en materia de convenciones. Un aparente caso de simulación de contrato.* En: Revista de Derecho Nº 25, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 301-316; Saghy Cadenas, *La simulación de contrato y su prueba...*, pp. 372 y 373; Saghy, Pedro: *La simulación del contrato y su prueba.* Conferencia dictada en las I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés. (Caracas, sábado 15 de febrero de 2014), se propone una mirada que respete la autonomía de la voluntad. La simulación no es lícita ni ilícita, pues pude existir simulación indefensa o al menos neutra pues lo ilegal serán los fines para la que se utiliza.

la simulación y, por tanto, contra ellos podrá adelantarse la ejecución así no hayan sido demandados[169].

4.3.2. *La prueba respecto de terceros*: se afirma que la simulación puede configurarse entre las partes que realizan un negocio jurídico o frente a terceros, quienes no han tomado parte en la relación simulada, mas pueden resultar afectados por su ejecución. Este sería, por ejemplo, el caso de un heredero cuyo causante celebre una venta aparente, con la intención de excluir del acervo hereditario, bienes que serían afectados a él[170]. Los terceros son los que no han tomado parte en el contrato simulado y que se pueden ver afectados por éste. Respecto de los terceros la prueba de la simulación no ofrece restricción alguna, extendiéndose inclusive a la posibilidad de la testimonial y de las presunciones[171]. Los terceros gozan de total libertad de prueba[172]. Pues es obvio que los terceros difícilmente puedan procurarse un contradocumento, aunque de acceder a éste podrían utilizar lo que les beneficie[173]. De hecho la prueba por excelencia serán las presunciones, a saber, llevar ante el juez una serie de indicios, que lleven a éste a la convicción que tuvo lugar un acto simulado.

Muñoz Sabaté alude a una lista de indicios que apuntan hacia la simulación que han sido considerados por la jurisprudencia[174]. Y así por ejemplo se consideró en un caso particular "1. El vínculo de parentesco entre los contratantes. 2. La diferencia entre el irrisorio precio de la venta y el valor real del inmueble. 3. El comodato gratuito y vitalicio aceptado por el aparente comprador, a favor de la aparente vendedora. 4. La falta de la entrega efectiva a la vendedora del precio del inmueble. 5. El hecho cierto de que para

---

[169] Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 2-7-09, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2009/julio/2177-2-FH02-X-2009-000096-PJ0192009000400.html.

[170] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 219 de 6-7-00.

[171] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00305 del 12-4-04, "la prueba testifical para probar la simulación de un negocio jurídico en materia civil, sólo le es permitida a los terceros que no hubieran intervenido en el negocio jurídico cuya simulación se denuncia, es decir, no le está permitido a quien haya intervenido en su celebración, salvo los casos previstos en los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil... la regla contenida en los dos primeros párrafos del artículo citado es aplicable a todas aquellas convenciones celebradas entre no comerciantes"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 22-2-07, Exp. 08750 http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1241-21-08750-033-2007-D.html "cuando la simulación es intentada por terceros, se admite todo género de pruebas, inclusive la de testigos, ya que la limitación del artículo 1387 del Código Civil solo es aplicable entre las partes y no a los terceros quienes no han tenido oportunidad de procurarse de prueba escrita alguna".

[172] Saghy Cadenas, *La simulación de contrato y su prueba...*, p. 371.

[173] Indicaba Lagrange que el contradocumento no puede hacerse valer en perjuicio de terceros pero éstos si pueden hacer valer las declaraciones en él contenidas en su beneficio. Y no existe limitación temporal que les afecte la utilización de la norma del artículo 1362 del CC.

[174] Véase: Muñoz Sabaté, Luis: *La prueba de la simulación: semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Bogotá, Temis, 1980; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, marzo 2007, Exp. 05-8152, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2117-12-05-8152-html.

el momento de la negociación de la venta simulada, el aparente comprador sólo contaba con 25 años de edad[175]. La falta de la entrega del pago podría ser punto determinante"[176].

4.4. *Efectos*[177]

4.4.1. *Entre las partes*: Su declaratoria produce *efectos erga omnes*, aprovechando a todos los acreedores anteriores o posteriores al acto simulado[178]. Primeramente entre las partes del acto simulado el negocio será inválido.

4.4.2. *Respecto de terceros*: La doctrina los califica así.

a. Terceros de buena fe. La simulación declarada no produce efectos respecto de los terceros de buena fe, que no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos o bienes de las partes del acto simulado. Este efecto no es más que una excepción al principio de la oponibilidad del contrato. Nuestro Código Civil, en el tercer párrafo del artículo 1281 CC, aplica el principio anterior refiriéndose a los bienes inmuebles, cuando expresa: "*La simulación una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación".*

Cuando se trata de terceros de buena fe que han adquirido un derecho sobre una cosa mueble no registrable. Aplica el artículo 794, primer párrafo del CC que dispone que en materia de bienes muebles la posesión hace presumir el título. Finalmente, ante el conflicto entre los acreedores del acto fingido enajenante y los acreedores del fingido adquirente hay que preferir a los que invocan de buena fe el acto aparente, frente a los que traten de hacer valer el acto simulado[179].

b. Respecto de los terceros de mala fe: la declaratoria de simulación sí produce efectos contra los terceros de mala fe, contra los terceros que han adquirido derechos o bienes de una de las partes a sabiendas que dichas partes habían celebrado un acto simulado. En este caso sus adquisiciones son comprendidas por la acción de simulación y por lo tanto los actos caen. Igualmente quedan expuestos dichos terceros a la indemnización por daños y perjuicios. Así lo dispone el cuarto párrafo del artículo 1281 del Código Civil al establecer lo siguiente: "*Si los terceros han procedido de mala fe*

[175] Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 27-9-10, Exp. 41.121, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/septiembre/512-27-41121-502.html. En sentido semejante: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, marzo 2007, Exp.05-8152, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2117-12-05-8152-html; J.R.G., T. 131, AMC7SCMT, Sent. 8-8-94, pp. 96 y 97, la *causa simulandi* puede derivarse de la amistad, precio vil, inejecución del contrato, falta de capacidad económica del adquirente.

[176] Véase: sobre la carga de la prueba en tal supuesto: TSJ/SCC, Sent. 000191 del 28-5-10.

[177] Lagrange, *Apuntes*...; Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 456-462; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 192; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, pp. 487-489.

[178] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 192.

[179] Lagrange, *Apuntes*...

quedan no solo sujetos a la acción por simulación sino también a la de daños y perjuicios"[180]. La doctrina con base a tales normas recomienda orientarse en la solución de los conflictos por la buena fe y la teoría de la apariencia[181].

Ahora bien al igual que se indicó respecto de la acción pauliana el artículo 1281 CC debe conectarse con el artículo 1921, ord. 2 CC[182], que dispone la necesidad de registro de la acción simulación con el objeto de que se haga cognocible a los terceros. Se protege así con base a tales normas al tercero de buena fe que ha adquirido algún derecho inmobiliario y haya registrado con anterioridad a la demanda de simulación. En tal caso, la acción de simulación no alcanza a ese tercero adquirente aunque se trate de un negocio no verdadero.

4.5. *Plazo*: al igual que la acción pauliana la ley estable 5 años "*desde el día que los acreedores tuvieron noticia del acto*". Lapso que a decir de Rodríguez Ferrara aplica "únicamente a los terceros acreedores interesados y jamás a las partes. Entre las partes la acción es imprescriptible, pues de admitir la prescripción de la acción de simulación entre las partes implicaría reconocer un nuevo medio de transmitir la propiedad completamente ilegítimo"[183]. Algunos lo califican de caducidad[184]; en tanto que para otros es de prescripción[185]. Mélich Orsini acota acertadamente que el lapso de 5 años de prescripción es para los acreedores en atención de la norma especial pues si la ejerce un no acreedor el lapso de prescripción de la acción debe ser el ordinario de 10 años[186].

---

[180] Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 22-2-07, Exp. 08750 http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1241-21-08750-033-2007-D.html.

[181] Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 64 y 65.

[182] "Deben igualmente registrarse para los efectos establecidos por la Ley: 1º. El decreto de embargo de inmuebles. 2º. Las demandas a que se refieren los artículos 1279, 1281, 1350, 1466 y 1562. Bastará para los efectos de este artículo que se ponga nota al margen de los instrumentos respectivos, en la cual se haga referencia del decreto de embargo o de las demandas propuestas".

[183] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 192; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 457, la acción declarativa de certeza o acción de simulación es imprescriptible respecto de las partes.

[184] Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 1-6-09, http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/1331-1-8424-.html; Juzgado Segundo Civil, Mercantil, Bancario y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 8-8-06, Exp. 48.078. http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/722-8-48.078-398I-080806.html; Aguilar Camero, *Caducidad...*, p. 12.

[185] Véase: TSJ/SCC, Sent. 342 del 31-10-00, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/342-311000-RC00274.htm; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 15-2-11. http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/516-15-36006-064.html; Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 872, por lo que está sujeto a interrupción.

[186] Mélich Orsini, *Doctrina....*, p. 874.

TEMA 17
Modos de Extinción de las Obligaciones[1]: El Pago o Cumplimiento

SUMARIO: *1. Generalidades 2. Noción 3. Naturaleza jurídica 4. Funciones 5. Condiciones o requisitos 6. Sujetos o legitimados 7. Principios 8. Objeto 9. Tiempo 10. Lugar 11. Gastos 12. Prueba 13. Efectos 14. Imputación de pagos 15. Oferta real y depósito subsiguiente*

1. Generalidades

La famosa frase que "las obligaciones nacen para morir", encuentra sentido en el presente tema. Pues la obligación es por esencia temporal o pasajera, y se extingue o culmina por diversas causas.

Se denominan modos o causas de extinción de las obligaciones a "los diferentes hechos o negocios en virtud de los cuales tales obligaciones dejan de existir", poniendo fin a una relación obligatoria ya constituida (a diferencia de la nulidad)[2]. Los modos de extinguir las obligaciones son todos aquellos actos o hechos mediante los cuales las obligaciones desaparecen de la vida jurídica[3]. La forma normal de extinción de las obligaciones es el pago pero pueden existir otra serie de causas[4].

El Código Civil venezolano vigente[5] en su artículo 1282 dispone: "*Las obligaciones se extinguen por los medios a que se refiere este Capítulo y por los demás que establezca la Ley*".

Se aprecia que la norma establece de modo general la referencia a la extinción en lugar de hacer una enumeración en una sola norma[6]. Aunque de seguidas en las siguientes secciones se refiere a los modos de extinción de

---

[1] Véase: Mélich Orsini, José: *Modos de extinción de las obligaciones.* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 60, 2ª edic., 2006; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 723 y ss. Bernad Mainar, *ob. cit.*, 2012, T. II, pp. 7 y ss.; Casas Rincón, *ob. cit.*, T. pp. 499 y 500; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 120-172; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 221 y ss.; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 313 y ss.; Sánchez Cid, *ob. cit.*, pp. 287 y 288; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 467 y ss.; Medina De Lemus, *ob. cit.*, p. 126; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 334 y ss.; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 149-163; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 299-332; Conte-Grand, Julio: *La extinción de la relación contractual.* En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 363-388; Giorgi, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno.* Madrid, Editorial Reus S.A. 1930, Vol. VII, Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, pp. 11 y ss.; Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 401 y ss.; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 111-122.

[2] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 109; Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 287.

[3] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 1037 y 1038; Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 313, Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 221 y 222.

[4] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 149; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 299.

[5] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, p. 5 (prólogo), hasta la Reforma del Código Civil de 1942 el CC venezolano seguía el ejemplo del CC francés y enunciaba las causas de extinción de las obligaciones; Lagrange (*Apuntes*...).

[6] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 353.

las obligaciones, a saber, el pago que incluye el pago con subrogación, la novación, la remisión de deuda, la compensación, la confusión y la pérdida de la cosa debida[7]. Sigue con las acciones de nulidad aunque tales no constituyen propiamente un modo de extinción sino una forma de atacar la validez de los actos jurídicos. La pérdida de la cosa debida que refiere el CC (art. 1344) dentro de los modos de extinción de las obligaciones, debe incluirse en un género más amplio: la *causa extraña no imputable*, pues según vimos, la primera está referida a las obligaciones de cosa específica[8]. Pero se admite la imposibilidad sobrevenida de la prestación como una de las causas de extinción de la relación obligatoria[9], pues nadie está obligado a lo imposible.

Sin embargo, reseña la doctrina que la clasificación del Código Civil es insuficiente porque suprime algunos modos como sería el caso del abandono o cesión de bienes que hace el deudor en favor de sus acreedores[10].

La doctrina ha referido que existen otros dispersos de extinción de las obligaciones además de los que enumera el Código Civil, a saber, el *mutuo disenso*, la muerte (en las obligaciones personalísimas), la condición resolutoria, el plazo, la rescisión, la resolución[11]. De allí que se aluda a otras maneras de extinguirse las obligaciones asociadas al tiempo, como la condición resolutoria o la muerte en las obligaciones personalísimas[12]. El cumplimiento de la condición resolutoria extingue la obligación por lo que se suele referir a la par de otras circunstancias como el término extintivo, el mutuo *disenso* como manifestación de la autonomía de la voluntad y muy excepcionalmente la decisión unilateral[13], pues en principio, la sola voluntad de una de las partes no pone fin a la relación jurídica obligatoria.

La manera ordinaria y por excelencia de extinguirse la obligación es el pago[14], pero existen otras maneras anormales de poner fin a la relación

---

7 Véase referencia a los modos de extinción: Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-0001, http://bolivar.tsj.gov.ve/**decisiones**/.../1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ06620...

8 Véase *supra* tema 7; Palacios Herrera, ob.cit., p. 353. Lasarte, *ob. cit.*, p. 154, alude entre los modos de extinción de las obligaciones a "la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida de la prestación". Véase sobre la pérdida de la cosa debida: Sanojo, *ob. cit.*, pp. 168-172.

9 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 208.

10 Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 500.

11 Véase: Carnevali de Camacho, Magaly: *Naturaleza y requisitos del pago*. Mérida, Universidad de los Andes, 1.988, p. 15.

12 Véase: Pothier, *ob. cit.*, pp. 401-405.

13 Sobre el mutuo disenso y la decisión unilateral, véase: López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 210-212.

14 Véase: Tribunal Primero de Primera Instancia del Circuito Judicial Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 13-1-14, Exp. GH31-V-2008-000008, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/740-13-GH31-V-2008-000008-2014-000002.HTML "el pago es el medio o modo voluntario por excelencia del cumplimiento de la obligación"; Juzgado Undécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción

obligatoria, pues existe consenso que el pago amén del modo extintivo por antonomasia es ante todo, el verdadero cumplimiento de la obligación.

Existen diversas clasificaciones de los modos de extinción de las obligaciones[15]. Primeramente, puede distinguirse entre modos de extinción ***generales*** y modos de extinción ***especiales***, según sean aplicables a todas las obligaciones (pago, novación, confusión, prescripción) o a determinadas obligaciones como la muerte, la condición resolutoria y el término resolutorio, respectivamente.

Otra clasificación distingue entre modos ***voluntarios***, que dependen de la voluntad de las partes (pago, dación en pago, compensación, novación, remisión de deuda, *mutuo disenso*) e ***involuntarios*** que son ajenos a la voluntad de las partes (confusión, prescripción, causa extraña no imputable, muerte)[16].

Se diferencia también entre modos de extinción ***directos*** y modos ***indirectos***. Los primeros son los que no inciden sobre un elemento generador de la obligación pero la extinguen de manera inmediata (pago, novación y prescripción). Los segundos los que inciden sobre un elemento generador de la obligación y por ende la extinguen (resolución, rescisión, *mutuo disenso*, revocación).

Finalmente, se distinguen los modos que implican ***satisfacción para el acreedor*** de aquellos que ***no logran la satisfacción para el acreedor***[17]. Los primeros extinguen la obligación haciendo que el acreedor obtenga de una manera directa o indirecta la prestación a la que tenía derecho o un subrogado de ésta. El modo satisfactivo por antonomasia es el pago, pero también se alude a otros como la dación en pago y la compensación[18]. Los modos que no logran la satisfacción extinguen la obligación sin procurar al acreedor la prestación o un subrogado de ésta (novación, prescripción, remisión de deuda, delegación o causa extraña no imputable)[19].

Larenz alude igualmente al cumplimiento de la obligación por obtención de su finalidad, pues el fin de una relación obligatoria puede ser alcanzado de otro modo distinto a la prestación del deudor como podría ser un hecho fortuito que suponga una frustración del fin[20]. Concluye así que la

Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-4-12, Exp. AH1V-V-2000-000103, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/2126-9-AH1B-V-2000-000103-.HTML.

15 Lagrange, *Apuntes*...

16 Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 188.

17 Carnevali de Camacho, *Naturaleza*..., pp. 16 y 17.

18 Véase: Ferrer de San-Segundo, *La obligación*..., pp. 160-163.

19 *Ibid.*, pp. 164 y 165, la autora acertadamente incluye la confusión (en el mismo sentido: Maduro Luyando, *ob. cit.* pp. 350-353). En sentido contrario: Lagrange, *Apuntes*...

20 Véase: Larenz, *ob. cit.*, pp. 322 y 323, un buque de salvamento se obliga a remolcar un barco hundido pero antes de llegar al lugar del accidente el barco es puesto de nuevo a flote. ¿Se puede reclamar el precio o los gastos originados? El acreedor podrá rechazar la prestación porque para él ya no tiene sentido pero está obligado a indemnizar los gastos hechos por la otra parte en atención a la confianza en su declaración de voluntad.

"frustración del fin del contrato" constituye un modo extintivo de la obligación, asociado a la necesidad de la causa, que opera privando los efectos del contrato cuando por razones objetivas y ajenas a las partes se frustra la finalidad particular tenida en miras por una o ambas partes, la cual es relevante a los fines de la materialización del vínculo contractual[21]. Pero cabe recordar que cierto sector de la doctrina extranjera incluye dentro de la "frustración del contrato" no solo la causa extraña no imputable sino también la dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva. Siendo que en nuestro sistema en este último supuesto, la extinción no es la regla pues tiende a salvarse la vida del contrato y por ello se tiende en principio a la "revisión" del contrato[22]. La causa extraña no imputable la estudiamos a propósito del "incumplimiento involuntario".

Algunos incluyen entre los modos de extinción de la relación obligatoria o de modificación de la misma "*la transacción*"[23], por el cual las partes mediante recíprocas concesiones culminan un litigio o precaven uno eventual a tenor del artículo 1713 del CC: "*La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*". Nuestro CC la ubica y regula la transacción entre los "contratos"[24]. Su naturaleza jurídica es discutida (traslativa, declarativa, constitutiva, ecléctica)[25] y también se estudia en Derecho Procesal dado su fuerza ejecutiva o valor de cosa juzgada[26].

Debe concluirse que el tema de la extinción de las obligaciones y en particular de la relación contractual está sustentado en la fuerza obligatoria de los contratos, de la autonomía de la voluntad y las causas legales. Pero también con miras a la justicia. "Sólo a partir de estos datos puede com-

---

[21] Conte-Grand, *ob. cit.*, p. 378.

[22] Véase *supra* temas 7 y 8.

[23] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 512 y ss.; Larenz, *ob. cit.*, p. 136, señala que la modificación de la relación obligatoria puede tener lugar también por transacción. Véase sobre el tema: Mélich Orsini, José: *La transacción.* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios 65, 2006; *Estudios jurídicos sobre la transacción: doctrina, legislación, jurisprudencia* (autores varios). Caracas, Fabretón, 1997; Parilli Araujo, Oswaldo: *El contrato de transacción y otros modelos extraordinarios de terminar el proceso.* Caracas, Mobilibros, 1998; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: *La transacción.* En: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú Nº 57, diciembre 1997, pp. 387-461, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085321.pdf.

[24] Véase: CC, arts. 1713 al 1723.

[25] Véase: Mélich Orsini, *La transacción...*, pp. 29-48.

[26] Véase: CPC, 255: "*La transacción tiene entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada*"; http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/marzo/1532-17-5029-1786.html; TSJ/SConst. Sent. 1209 de 6-7-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1209-060701-00-2452%20.HTM TSJ/SConst., Sent. Nº 3588 de 19-12-03, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3588-191203-02-2602.HTM; TSJ/SConst, Sent. Nº 1810 de 20-10-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1810-201006-06-0986.HTM; TSJ/SCC, Sent. Nº 00384 de 14-6-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC-00384-140605-041006.HTM; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 17-3-09, Exp. AH1B-V-2000-00010, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/marzo/1532-17-5029-1786.html.

prenderse y operarse adecuadamente un mecanismo extintivo de la relación contractual, con independencia de su formal estructura"[27].

2. Noción[28]

La dinámica de la relación obligatoria comienza con su nacimiento (fuente) y termina con el cumplimiento. El fin natural al que tiende toda obligación es proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés mediante el cumplimiento o ejecución de la prestación debida. El cumplimiento es la realización de la prestación por el deudor a favor del acreedor, y es la hipótesis normal u ordinaria desembocadura de toda obligación[29], la cual tiene lugar por antonomasia a través del pago.

La palabra "pago" se asocia vulgarmente a dar dinero pero en un sentido jurídico más ampliamente es "el cumplimiento de la prestación"[30]. "Pagar" en sentido jurídico es cumplir una obligación, sea la que sea[31]. El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación[32]. Cumplimiento y pago pueden considerarse sinónimos[33]. El pago es el modo normal de cumplimiento de

---

27 Conte-Grand, *ob. cit.*, p. 388.

28 Véase: Mélich Orsini, José: *El pago.* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 86, 2ª edic., 2010; Carnevali de Camacho, Magaly: *El Pago. Naturaleza y Requisitos.* Mérida, Universidad de los Andes, 1988; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 296-328; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 500-508; Calvo Baca, *ob. cit.,* pp. 222-251; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 75-98; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 725-738; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 354-356; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 10-48; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 121-134, Mélich Orsini, José: *El pago efectivo en moneda extranjera y el vigente control de cambio.* En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 321-336; Cristóbal Montes, Ángel: *El pago o cumplimiento de las obligaciones.* Madrid, Tecnos, 1986; Rodner, James O.: *Ley aplicable a la estipulación y pago en moneda extranjera.* En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 237-287; Rico Carrillo, Mariliana: *El cumplimiento electrónico de obligaciones dinerarias.* En: Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje Nº 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 649-674; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1282 al 1297.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1994; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 543 y ss.; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 221-224; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 320-396; Sánchez Cid, *ob. cit.*, pp. 267-276; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 441-449; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 71-78; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 120-208; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 109-125; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 101-112; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 127-168; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 149-173; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 185-233; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 241-270; Moisset de Espanés, Luis: *El pago en el nuevo Código Civil de Paraguay.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-45, www.acaderc.org.ar; Giorgi, *ob. cit.*, pp. 19 y ss.; Benalcázar K., Gonzalo: *El pago efectivo de las obligaciones*, http://www.udea.edu.co/.../Vol%20XXI%20Rev%2062%20parte%203.pdf *;* Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 403-439.

29 O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 441.

30 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 101; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 110; Lasarte, *ob. cit.*, p. 92; Giorgi, *ob. cit.*, p. 19; Benalcázar K., *ob. cit.*, p. 244.

31 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 3; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 242, "el pago es el cumplimiento de la obligación... es el efecto normal de toda obligación y además la forma natural de extinguirla".

32 Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 675.

33 Véase: Larenz, *ob. cit.*, p. 408.

la obligación: la observancia de la conducta debida[34]. De allí que por ello, para algunos el pago constituye en verdad la única causa de extinción de las obligaciones que pudiera llamarse "natural" o normal" pues el cumplimiento en sentido estricto es únicamente voluntario[35].

El pago es el modo extintivo por excelencia[36], y difiere de todo otro modo extintivo, desde el momento que el pago, antes de ser un modo extintivo, es por sobre todas las cosas el cumplimiento de una obligación. Tanto es así que en obras modernas de obligaciones en el Derecho extranjero, no figura el pago entre los modos extintivos de las obligaciones, sino lisa y llanamente como cumplimiento. Pues "la obligación se ha creado para ser cumplida"[37]. Y la causa del pago ciertamente es la obligación[38]. De allí que en feliz expresión de Pothier el pago es "el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado"[39].

Constituye pues el medio o modo voluntario por excelencia o antonomasia de cumplimiento de una obligación. Así entre otros Mélich Orsini titula el capítulo inicial de su obra "*el pago o cumplimiento de la obligación*"[40], son sinónimos admite el autor[41]. Más precisamente se alude a "cumplimiento voluntario o pago"[42], pero a la vez el modo normal de extinción del vínculo obligatorio[43]. Cumplimiento "*strictu sensu*" sólo lo es el voluntario. El denominado cumplimiento forzoso no es auténtico cumplimiento porque precisamente presupone el previo incumplimiento voluntario. Por lo que el pago o cumplimiento es la puesta en práctica de manera exacta de la prestación debida[44].

---

34 Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 109.

35 *Ibid.*, p. 110.

36 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-2-15, Exp. AP11-M-2011-000463, http://caracas.tsj.gob.ve/**DECISIONES/2015**/.../2116-9-AP11-M-2011-000463-.html "se tiene el pago como la forma absoluta de extinción de las obligaciones contraídas mediante un negocio jurídico, es decir, la manera general y principal por excelencia de extinguir satisfactoriamente la obligación; Tribunal Primero de Primera Instancia del Circuito Judicial Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 13-1-14, Exp. GH31-V-2008-000008, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/740-13-GH31-V-2008-000008-2014-000002.HTML; Juzgado Undécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-4-12, Exp. AH1V-V-2000-000103, http://http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/2126-9-AH1B-V-2000-000103-.HTML.

37 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 324; Moisset de Espanés, *El pago...*, p. 4.

38 Benalcázar K., *ob. cit.*, p. 245.

39 Pothier, *ob. cit.*, p. 305.

40 Mélich Orsini, *El pago...*, p. 1; Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 267; Medina De Lemus, *ob. cit.*, p. 71.

41 Mélich Orsini, *El pago...*, p. 4; Madrid Martínez, Claudia: *El concepto de medio de pago, su internacionalidad y el derecho internacional privado.* En: V Jornadas Aníbal Dominici Homenaje Dr. José Muci-Abraham. Títulos valores, Contratos Mercantiles. Coord. José Getulio Salaverría L., 2014, p. 239; Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 267.

42 Véase: Wayar, *ob. cit.*, p. 213.

43 Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 320.

44 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 185 y 186.

No obstante, Lete refiere que el pago como cumplimiento personal o voluntario del deudor responde a la noción en sentido estricto, pues en un sentido amplio, el cumplimiento consiste en la satisfacción del interés del acreedor. El segundo incluye la posibilidad de que el deudor fuere compelido al pago judicialmente[45]. De allí que para algunos autores, pago y cumplimiento no son propiamente sinónimos pues el cumplimiento objetivo no está a cargo del deudor y el pago debe ser necesariamente "espontáneo"[46].

Por lo que el pago puede definirse como el cumplimiento espontáneo de la prestación por parte del deudor o de un tercero[47]. Siendo el cumplimiento voluntario el cumplimiento por antonomasia pues generalmente cuando se alude a cumplimiento nos referimos a la realización voluntaria de la prestación[48].

El cumplimiento es al mismo tiempo fin y medio, en el pago considerado en sentido estricto técnico-jurídico, el medio es siempre único y consistente en la realización de la prestación por el deudor en tanto que los fines son varios, principalmente satisfacer al acreedor[49]. De allí que se afirme que pago es cumplimiento de la prestación debida, e implica simultáneamente satisfacción y extinción[50]. También satisface al acreedor además del cumplimiento espontáneo de la obligación por parte del deudor, el cumplimiento por parte de un tercero.

3. Naturaleza jurídica[51]

Cuestión largamente debatida y elaborada es la naturaleza jurídica del pago. Y así por ejemplo ante la simple pregunta de si el pago puede ser realizado por un incapaz; quienes consideran que se trata de un hecho jurídico responderán afirmativamente, mientras que quienes consideran que se trata de un acto jurídico lo harán negativamente[52].

Se cita la teoría del acto jurídico, del acto jurídico unilateral[53], del acto jurídico bilateral, la teoría mixta, teoría del contrato, teoría del hecho jurídico, teoría del acto debido, teorías eclécticas[54]. La doctrina tradicional afirma su carácter convencional en el sentido que requiere el acuerdo de voluntades. Pero los autores modernos refieren otras concepciones por considerar que no siempre exige la voluntad del acreedor. Algunos ven en el pago un hecho jurídico basado en el *animus solvendi*. Otros perciben el mismo con

---

45 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 101.

46 Véase: Annicchiarico, *Convivencia*..., pp. 253 y 254.

47 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 89.

48 Wayar, *ob. cit.*, p. 214.

49 *Ibid.*, p. 224.

50 Carnevali de Camacho, *El pago*..., p. 21.

51 Véase: Benalcázar K., *ob. cit.*, pp. 249-264; Carnevali de Camacho, *El pago*..., pp. 22-30.

52 Wayar, *ob. cit.*, p. 231.

53 Véase en este sentido: Carnevali de Camacho, *El pago*..., p. 30.

54 Véase: Wayar, *ob. cit.*, pp. 231-254

naturaleza de acto negocial. Surge así la teoría del "*acto debido*"[55] que hace depender la liberación del deudor siempre que actúe en contenido de su obligación, siendo una variante la teoría del "acto con contenido predeterminado" que resalta que no se trata de un acto de autonomía[56].

Para Moisset el pago es un acto jurídico bilateral, cuando para efectuarlo resulta necesaria la colaboración del acreedor, pues excepcionalmente el Juez suple a éste[57]. Sin embargo, no siempre el pago precisa de la intervención del acreedor, pues ello sería confundir el pago con la prueba de éste. Y así por ejemplo, en materia de obligación negativa bien pudiera mediar un pago independientemente de la colaboración o voluntad del acreedor, que el deudor pudiera probar por cualquier medio de prueba distinto al típico recibo o finiquito, lo que haría dudar del carácter bilateral del pago[58]. De allí que autores como Acedo Penco apuntan a considerar el pago como un acto jurídico voluntario del deudor[59].

Otros autores como Ghersi indican que no tiene sentido encasillar el pago como un acto jurídico pues existirán ocasiones en que así sea pero en otras asume la categoría de hecho jurídico como cuando un demente o un menor compran el diario[60]. En sentido semejante se pronuncia acertadamente Wayar que refiere que ninguna de las teorías que pretenden explicar la naturaleza del pago puede considerarse triunfadora pues el pago no tiene naturaleza única e idéntica en todas la hipótesis posibles; no es siempre un hecho, ni un acto unilateral o bilateral, ni un acto debido; puede adoptar cualquiera de estas formas dependiendo de la índole de la conducta debida y de las circunstancias en que deba ser prestada[61]. Y así se afirma que la teoría del acto jurídico se desvanece cuando el pago efectuado por un incapaz vale en la medida que le ha reportado un beneficio al acreedor[62].

Y por tal la naturaleza jurídica del pago podría presentarse como acto jurídico, cuando por éste tenga lugar la extinción. Pero podrá ser un hecho jurídico en las obligaciones de omisión, en ciertas obligaciones de hacer en que por la naturaleza del contrato no se precisa de la voluntad, y también aquellos en que el pago se haya realizado en beneficio del incapaz, ya que por ser tal no puede ser sujeto pasivo de un acto jurídico. Ambas categorías forman parte del hecho jurídico. Se trata de conceptos que se

[55] Véase aludiendo a "acto debido" que produce efectos jurídicos: Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 187.

[56] Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 8-12; Annicchiarico, *Convivencia...*, pp. 255-260, refiere que el cumplimiento se debate entre las posiciones de considerarlo un negocio jurídico bilateral, un negocio jurídico unilateral, o finalmente un "hecho jurídico".

[57] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 327.

[58] Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, p. 130, el que paga absteniéndose no se puede decir que tal abstención constituya un negocio jurídico.

[59] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 111.

[60] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 298.

[61] Véase: Wayar, *ob. cit.*, pp. 249 y 250.

[62] Véase: CC, art. 1283.

complementan para explicar la naturaleza jurídica del pago[63], constituyendo una realidad vital que el dogmatismo no puede ignorar. El pago no se presenta como una realidad única; al contrario, las realidades que el pago puede ofrecer son diversas y admitirlo no constituye ningún despropósito[64].

Indicaba Lagrange que la teoría de la naturaleza ecléctica del pago es muy difundida y puede encontrar apoyo en algunas normas del CC venezolano tales como los artículos 1285[65] y 1133[66] del CC.

4. Funciones

Al pago se le reconocen generalmente varias funciones; una desde la perspectiva básica del acreedor, a saber, la función *satisfactiva* del pago, esencial en cualquier relación obligatoria; y otra desde la óptica del deudor, a saber, la función *liberatoria*[67]. A las anteriores se agrega la función *extintiva* porque origina la desaparición de la relación obligatoria[68]. Por lo que el pago satisface el interés del *accipiens* y libera al *solvens*[69], desde el punto de vista jurídico.

El pago tiene respecto de otros modos de extinción de las obligaciones una supremacía incuestionable pues constituye el fin natural de la obligación; su muerte. Su fin primordial es extinguir la obligación agotado el vínculo que une a acreedor y deudor para restaurar una relación armónica. Pero indudablemente el pago también es un derecho del deudor a obtener su liberación y desgravar su patrimonio de la carga que todo crédito implica, siendo al mismo tiempo un acto de conservación del patrimonio, pues no cabe duda que un eventual incumplimiento pondría al deudor en peligro de ser ejecutado[70].

El deudor tiene un interés jurídicamente reconocido en liberarse de la obligación mediante el pago o cumplimiento y no puede exigírsele que continúe siendo deudor. Por ello, el ordenamiento jurídico le proporciona un

---

[63] Benalcázar K., *ob. cit.*, pp. 263 y 264.

[64] Wayar, *ob. cit.*, p. 253, ¿Cómo sostener que el pago es siempre un acto jurídico si puede ser realizado por un incapaz o puede materializárselo mediante un acto involuntario?

[65] "*El pago que tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa pagada, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa y capaz para enajenarla. Sin embargo, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero o una cosa que se consume por el uso, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago aunque lo haya hecho quien no era dueño o no tenía capacidad para enajenarla*".

[66] "*El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico*" (destacado nuestro).

[67] Véase: Cano Hurtado, María Dolores: *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*. Madrid, Dykinson, 2005, p. 156, http://books.google.co.ve/books?isbn=8497725999 señala que el pago tiene doble función; una "*liberatoria*" para el deudor y otra "*satisfactiva*" para el acreedor; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 110.

[68] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 186.

[69] Wayar, *ob. cit.*, p. 227. Véase señalando funciones extintiva, liberatoria y satisfactoria: Sents 26-4-10, http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/ABRIL/555-27-12C-21247-09-N%C2%BA14-10.HTML; Sent. 7-5-10, http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MAYO/555-20-12C-14082-08-N%C2%BA18-10.HTML (dato incompleto en la web).

[70] Wayar, *ob. cit.*, p. 228.

procedimiento o mecanismo de liberación coactiva, a saber, el ofrecimiento de pago y la consignación[71]. El deudor no sólo tiene interés en liberarse de la obligación sino que también tiene derecho a ello[72].

Así pues el efecto satisfactivo del pago se entiende fácilmente por constituir más que un modo de extinción de las obligaciones, el cumplimiento por antonomasia, esto es el cumplimiento normal y voluntario que logra la máxima satisfacción para el acreedor, a diferencia de otros modos de extinción de las obligaciones que pretenden la satisfacción del acreedor como es el caso de la dación en pago. De otra parte, en efecto el pago tiene el notable efecto de liberar al deudor, de allí su interés en el mismo lo cual se justifica en figuras como la oferta real de pago.

A lo anterior algunos agregan que el pago además de lo jurídico presenta también una importante función *económica y social*. Según la moderna concepción del Derecho de Obligaciones la relación obligacional constituye un instrumento para la cooperación social cuyo cumplimiento supone que los miembros del cuerpo social vivan en armonía. Por otra parte, el incumplimiento constituye un serio obstáculo para el funcionamiento regular de cualquier sistema económico[73].

5. Condiciones o requisitos[74]

5.1. *Una obligación válida preexistente*[75]. El pago presupone una obligación no afectada de nulidad. Wayar alude a este punto causa-fuente o hecho generador, pues no se concibe el pago sin una obligación preexistente. Pues cuando ella no existe el pago es nulo[76].

5.2. *La intención de pagar o de extinguir la obligación*[77]. Se le denomina "*animus solvendi*"[78]. Sobre la intención de pagar, se indica que además del elemento material, el pago precisa de un elemento intencional[79]. Tal aspecto lo asocia Wayar a la causa-fin que es la finalidad de extinguir el vínculo; el ánimo de querer realizar el pago. Pero aclara que finalidad y ánimo no deben ser asimilados[80].

---

[71] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 116.

[72] *Ibid.*, p. 125.

[73] Wayar, *ob. cit.*, pp. 229 y 230.

[74] Véase: Benalcázar K., *ob. cit.*, pp. 246-249; Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 35-99; Juzgado Décimo de Municipio Ejecutor de Medidas en Función Itinerante de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 26-6-15, Exp. 12-0698. http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JUNIO/2137-26-12-0698-.HTML. "El pago está constituido por diversos elementos: una obligación válida. La intención de extinguir la obligación. Los sujetos del pago (solvens y accipiens). El objeto del pago".

[75] Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 35 y 36.

[76] Véase: Wayar, *ob. cit.*, pp. 255 y 256.

[77] Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 36 y 37.

[78] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 79.

[79] Giorgi, *ob. cit.*, p. 21.

[80] Véase: Wayar, *ob. cit.*, pp. 256-258.

5.3. *Los sujetos del pago.* Son dos: *solvens* quien paga aunque no sea deudor y *accipiens* que recibe pago aunque no sea acreedor.

5.4. *Objeto del pago*[81], cosa o conducta (prestación) que se ha comprometido deudor a realizar o a omitir.

5.5. *Tiempo y lugar* es incluida por algunos autores[82].

6. Sujetos o legitimados[83]

6.1. *Solvens*: se refiere a las personas que pueden efectuar el pago. Dispone el artículo 1283 CC: "*El pago puede ser hecho por toda persona que tenga interés en ello, y aun por un tercero que no sea interesado, con tal que obre en nombre y en descargo del deudor, y de que si obra en su propio nombre no se subrogue en los derechos del acreedor*".

De tal norma, se derivan los sujetos o personas que pueden efectuar el pago.

6.1.1. *El deudor*

6.1.2. *Tercero*[84] *interesado*[85] (se subroga en los derechos del acreedor)[86].

6.1.3. *Tercero no interesado*[87] (puede actuar en nombre y descargo del deudor –esto es mandatario o gestor– o puede actuar en nombre propio, no puede subrogarse al acreedor a menos que éste lo autorice), según dispone el citado artículo 1283 CC. El pago del tercero no puede haber operado por error pues en tal caso aplicaría el artículo 1178 del CC a los fines de la repetición de lo pagado[88].

---

[81] Véase: *ibid.*, pp. 358 y ss.; Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 38-66.

[82] Véase: Lagrange, *Apuntes...*

[83] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 83 y ss.; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 299-304; Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 66-79; Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 111; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 152-157.

[84] Véase: Wayar, *ob. cit.*, p. 225, cuando la satisfacción del acreedor adviene por ejemplo mediante el llamado "pago por tercero" es necesario asignarle un sentido más amplio al "cumplimiento" para que estas figuras u otras puedan comprenderse dentro de él; Palmero, Juan Carlos: *El cumplimiento por un tercero.* Buenos Aires, Depalma, 1973.

[85] Véase sobre el tercero interesado en el pago: Wayar, *ob. cit.*, pp. 291 y ss., cita la tesis restringida según la cual el tercero interesado solo incluye cierto número de supuestos; por oposición a la tesis amplia que lo define como "todo aquel que obtiene un beneficio lícito como consecuencia del pago"; Lagrange, *Apuntes..,* entre los terceros interesados cita los casos de pago con subrogación: fiador, deudor solidario, adquirente de una cosa hipotecada, tercero acreedor del deudor; Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, pp. 67-71.

[86] Véase *infra* tema 18.2; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 300 y 301.

[87] Véase: Wayar, *ob. cit.*, pp. 314 y ss. Concepto que se obtiene por exclusión, es tal quien no es parte ni tercero interesado. El pago le es patrimonialmente irrelevante; Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, pp. 71-74, distingue el tercero no interesado que paga en nombre y en descargo del deudor, en cuyo caso el tercero puede inclusive acudir a la oferta real; el tercero no interesado que actúa en nombre propio tiene derecho a que no se rechace su pago pero no puede pretender subrogación contra la voluntad del acreedor. La excepción es la obligación de hacer personalísima.

[88] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 301.

El pago por parte del tercero es generalmente aceptado por las legislaciones[89], de allí que la ley presume que el pago no es *intuitu personae*[90]. El fundamento de que pueda pagar cualquier persona tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación reside en que tendiendo la prestación a satisfacer un interés del acreedor, este no debe importarle quien la realice[91]. De allí que cualquiera que sea la persona que pague, el acreedor está obligado a aceptarle el pago, salvo en ciertas obligaciones de hacer, en las cuales hay un interés particular en que sea ejecutada por el deudor[92]. Por lo que por excepción las obligaciones personalísimas (CC, art. 1284[93]) no pueden ser delegadas sin perjuicio de acudir a agentes de ejecución[94]. De allí que la fungibilidad sea presupuesto básico del cumplimiento por parte del tercero[95]. El tercero puede pagar pues se afirma que si bien los protagonistas principales del pago son acreedor y deudor, no es óbice para que lo pueda realizar un tercero[96].

El artículo 1285 CC indica: "*El pago que tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa pagada, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa y capaz para enajenarla. Sin embargo, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero o una cosa que se consume por el uso, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago aunque lo haya hecho quien no era dueño o no tenía capacidad para enajenarla*". La norma se refiere exclusivamente a las obligaciones de dar. Si el pago se ha hecho con dinero u otra cosa consumible y el acreedor ha consumido la cosa de buena fe, es válido el pago porque el consumo despoja la nulidad de todo interés práctico. Y entonces la ley excluye la posibilidad de repetir lo pagado. La norma exige que el *solvens* sea propietario de la cosa y capaz de enajenarla. De lo contrario el contrato estará viciado de nulidad relativa[97].

---

[89] Véase: Serrano Herrera, Claudia: *La legitimación para el pago de un tercero*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Valparaiso, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011, pp. 137-211, http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a04.pdf. La posibilidad de realizar el pago un tercero fue admitida desde los orígenes del Derecho romano y se encuentra ampliamente reconocida en todas las legislaciones (*ibid.*, p. 143).

[90] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 299.

[91] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 143.

[92] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 501.

[93] "*La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor*".

[94] Véase: Lagrange, *Apuntes...*, el pago puede ser hecho por un mandatario o también por un agente de ejecución. Ello siempre que no se trate de una obligación personalísima, a menos que en éste caso, el deudor conserve el control en la dirección de la ejecución. Ej. El paciente que se somete a una intervención de cirugía pero esto no implica que el cirujano no puede hacerse ayudar por personas cuya actividad él dirija. No está excluido que intervengan así agentes de ejecución siempre que su actuación sea secundaria y continúe ocupando un primer plano la actividad del deudor.

[95] Palmero, *El cumplimiento por un tercero...*, pp. 23-27.

[96] Lasarte, *ob. cit.*, p. 94.

[97] Véase: Lagrange, *Apuntes...*, pero si el incapaz es el solvens, raramente éste hará valer esa incapacidad, pues el resultado al cual eso conduciría es que tendrá que volver a pagar; Maduro Luyando, *ob. cit.*,

6.2. *Accipiens*[98]: Es la persona que puede recibir el pago, a saber, el acreedor, el autorizado por el acreedor, la autoridad judicial o la ley.

6.2.1. *Pago efectuado al propio acreedor* o al *representante del acreedor*: esto es quien al momento del pago tiene el derecho de crédito. También es acreedor el causahabiente a título universal de éste o heredero, el causahabiente a título particular como es el cesionario del crédito, el adjudicatario, el endosatario del título nominativo y el poseedor del título al portador. El artículo 1286 CC dispone: *"El pago debe hacerse al acreedor o a una persona autorizada por el acreedor mismo, por la Autoridad Judicial o por la Ley para recibirlo..."*.

La ley también se refiere al pago a una *persona autorizada por el acreedor* que puede ser mandatario en cuyo caso éste debe tener facultad o poder para recibir el pago y liberar al deudor. También se admite que puede ser una persona indicada por el acreedor de acuerdo con el deudor, aunque no se trata de un representante del acreedor por lo que presenta una fisonomía especial[99]. La norma alude a persona autorizada por *la ley* en el que cabe el representante legal del acreedor, a saber, progenitores, tutor, etc. Y a la autoridad judicial por ejemplo, cuando se trata de un crédito embargado y la *autoridad judicial* designa depositario, el administrador nombrado por el Juez o el curador de la herencia yacente[100].

6.2.2. *Pago efectuado a un tercero no autorizado*[101], es válido cuando lo ratifica (expresa o tácitamente) o se aprovecha de él[102] (CC, art. 1286 CC), por ejemplo, pagar al acreedor del acreedor el cual podría tener el efecto de liberar al acreedor (lo contrario sería un enriquecimiento sin causa), reparaciones de las que se benefició el acreedor[103].

6.2.3. *Pago efectuado al acreedor putativo o aparente*[104]: El acreedor putativo o aparente es aquel que está en posesión del crédito. El pago a este es

---

p. 300; Wayar, *ob. cit.*, p. 266, no debe confundirse la capacidad para contraer obligaciones con la capacidad para contraer pagos.

[98] Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, pp. 86-99; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 301-304.

[99] Refería Lagrange que esta figura la denominaban los romanos *"ad jectus" solucionis causa*, figura sobre la cual el CC no contiene no disposición alguna, pero es perfectamente lícita. No se trata de un representante del acreedor sino que recibe el pago en nombre propio; Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, p. 88, comprende la representación convencional (para algunos es suficiente un poder general), así como la persona autorizada por el acreedor.

[100] Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, pp. 90 y 91.

[101] Véase: Wayar, *ob. cit.*, pp. 352 y ss.; Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, pp. 91-93; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 303.

[102] Véase: Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, p. 92, si por ejemplo con el pago se ha extinguido una deuda del acreedor que él tenía interés en satisfacer, si se han hecho reparaciones a sus propiedades, etc. Solución equitativa que tiene su base en la prohibición de enriquecimiento sin causa.

[103] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 303.

[104] Véase: Wayar, *ob. cit.*, pp. 343 y ss. Se llama acreedor aparente al tercero que de hecho ostenta la calidad de acreedor, aunque en realidad, y conforme al derecho no lo sea; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 157; Carnevali de Camacho, *Naturaleza...*, pp. 93-96, se precisa tomar un mínimo

válido en caso de buena fe del deudor (CC, art. 1287[105])[106] aunque el acreedor haya sufrido después evicción[107]. Se debe precisar una causa razonable que propicie la apariencia. Por ejemplo el heredero aparente[108] (CC, art. 1001).

6.2.4. *El pago efectuado por el deudor al acreedor no obstante el embargo de la deuda* no es válido respecto al acreedor embargante por lo que debe pagar de nuevo no obstante su recurso contra acreedor original (CC, 1289[109]).

6.2.5. *Pago efectuado a un incapaz de obrar*. El pago precisa que el acreedor sea capaz[110] salvo que se pruebe utilidad[111] (CC, 1288[112]). Por lo que en principio, el pago hecho a un acreedor incapaz no libera al deudor, por lo que éste debe asegurarse de la capacidad del acreedor[113].

7. Principios

En cuanto a los principios que rigen respecto del pago, cabe citar:

En el principio de la IDENTIDAD[114] por el cual se afirma que el objeto del pago debe ser idéntico a la prestación debida. No se puede pretender pagar o cumplir con una prestación distinta a la pactada. Así lo prevé el artículo 1290 CC: *"No puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la*

---

de precauciones para constatar la veracidad de la situación (*ibid.*, p. 95); MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp .303 y 304.

105 "*El pago hecho de buena fe a quien estuviere en posesión del crédito, es válido, aunque el poseedor haya sufrido después evicción*".

106 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 95, se trata fundamentalmente de un régimen de protección del deudor de buena fe.

107 La evicción supone la pérdida de derecho por sentencia. Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 85.

108 Véase: TARDIVO, Renato: *L'erede apparente*. Studio di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi, Vol. IV, Pubblicazione dell'Istituto di Diritto Commerciale Comparato Della R, Universita Di Pavia. Cedam, Casa Editrice Dott A. Milani, 1932, p. 31, el heredero aparente es aquel que se comporta como heredero sin realmente serlo, su condición se deriva no tanto de su afirmación como de *communis opinio*, de la estimación general.

109 Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp .303; RENGEL-ROMBERG, Arístides: *La oposición al pago ex-artículo 1289 del Código Civil*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 148, enero-junio 1991, pp. 121-130.

110 Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 127, en el mismo sentido, para efectuar un pago válido se precisa ser capaz; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 96-99.

111 Por ejemplo, que ingresó a su cuenta bancaria. Véase: ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 85, el deudor puede oponer la utilidad obtenida por el acreedor, en la medida en que se haya producido; LASARTE, *ob. cit.*, p. 95; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, p. 98, que la cosa pagada se ha convertido en utilidad del acreedor, vale decir, demuestra el empleo útil dado al pago efectuado, por ejemplo se han realizado reparaciones en sus bienes, o trabajos necesarios, o ha sido satisfecha alguna deuda suya o se ha empleado el producto del pago en la adquisición de bienes para el incapaz. Se basa también en la prohibición de enriquecimiento sin causa.

112 "*El pago hecho al acreedor no es válido, si éste era incapaz de recibirlo, a menos que el deudor pruebe que la cosa pagada se ha convertido en utilidad del acreedor*".

113 CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, p. 97.

114 Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp 361 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 158 y 159; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 729.

que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquélla". La norma debería aludir a "prestación" y no limitadamente a "cosa", toda vez que existe la posibilidad de dación en pago que consiste en pagar con una prestación distinta a la debida. Lo pagado de más está sujeto a repetición (CC, art. 1178[115]).

También se alude en el mismo sentido al principio de la EXACTITUD, para denotar que se requiere una perfecta adecuación entre la prestación determinada al momento de constituirse la obligación y la prestación efectivamente realizada o ejecutada al tiempo del pago o cumplimiento de la misma[116]. De conformidad con el artículo 1264 CC las obligaciones deben ser cumplidas como han sido contraídas. No cabe pretender pagar con una prestación distinta aunque sea de valor mayor[117], sin perjuicio de la posibilidad de "dación en pago"[118]. Identidad y exactitud se presentan similares, o más bien como sinónimos.

Se alude también a la INTEGRIDAD DEL PAGO[119], en virtud del cual se afirma que el pago debe ser íntegro o completo, por lo que no se puede pretender un pago incompleto o constreñir al acreedor a recibir parte del pago. El acreedor tiene derecho al "pago integral". De allí que por ejemplo, indicáramos la indexación o corrección monetaria cuenta entre su fundamento el principio del pago integral, pues un monto depreciado por la inflación una vez que se ha incurrido en mora, no constituye un pago integral[120]. La integridad del pago puede tener excepciones en la autonomía de la voluntad y en la ley[121].

A tono con lo anterior y casi en la misma idea, se alude a la INDIVISIBILIDAD[122], aunque de diferencia sutil con la integridad, la indivisibilidad es una unidad temporal de la obligación en el tiempo aunque admite excepciones[123]. Así prevé el art. 1291 CC: "*El deudor no puede constreñir al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, aunque ésta fuere divisible*". Las excepciones son la compensación parcial (1332 CC), la existencia de una

---

[115] Véase: Mélichi Orsini, *El pago...*, pp. 172.

[116] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 120; Lasarte, *ob. cit.*, p. 99.

[117] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 103, aunque ciertamente el acreedor puede aceptar una distinta dando lugar la "dación en pago".

[118] Véase *infra* tema 19.3.

[119] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, pp. 277-285; Wayar, *ob. cit.*, pp. 376 y ss.; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 159; Vaquer Aloy, *El ofrecimiento...*, p. 83.

[120] Véase *supra* tema 5.6.

[121] Wayar, *ob. cit.*, pp. 380-383, agrega el Juez por aplicación de la ley.

[122] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 444 y 445; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 159 y 160; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 190 y 191; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 730 y 731.

[123] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, p. 331, pudiera tener excepción en la voluntad de las partes, la compensación y la ejecución forzada.

pluralidad de deudores, la muerte del deudor en una obligación divisible[124] y los casos en que la deuda es en parte líquida y en parte ilíquida (1292[125] CC).

Así pues, la identidad o exactitud, la integridad y la indivisibilidad se refieren como los principios jurídicos del pago[126].

8. Objeto[127]

El objeto del pago consiste en el cumplimiento de la prestación debida. Esto es, el objeto del pago es la ejecución efectiva del objeto o prestación. La doctrina distingue según se trate de obligaciones positivas o de obligaciones negativas. Recordemos que las primeras puede ser "dar" o de "hacer".

Cabe citar varias reglas en obligaciones de dar[128] a propósito del pago:

**Pago de una deuda de cuerpo cierto*: si se trata de la entrega de cosa cierta y determinada se liberta al tiempo de la entrega en el estado en que se encuentra y los deterioros posteriores no se deben a su culpa.

Dispone el artículo 1293 CC: "*Si deudor de una cosa cierta y determinada se liberta entregándola en el estado en que se encuentre al tiempo de la entrega, con tal que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de culpa o hecho del deudor o de las personas de que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros*"(CC, art. 1293). El pago en las obligaciones de dar, acontece mediante el consentimiento legítimamente manifestado (CC, 1161). Esas obligaciones de dar llevan consigo las llamadas obligaciones consecuenciales de hacer como entregar la cosa y conservarla (CC, art. 1265 párrafo)[129].

**Pago de una deuda de cosa genérica*: si es cosa determinada en especie cuando se trata de cosas *in genere*, efectúa el pago sin que esté obligado a dar ni de la mejor calidad ni la de peor. Así lo prevé el art. 1294 del CC "*Si la deuda es de una cosa determinada únicamente en su especie, el deudor, para libertarse de la obligación, no está obligado a dar una de la mejor calidad ni puede dar una de la peor*".[130]. El deudor podrá liberarse pagando una cosa de calidad media. Se citan como excepciones: cosas in *genere* a elección, obligaciones facultativas y mutuo. En la venta a prueba no es dado

[124] La regla es que al morir el deudor, la deuda se divide entre sus herederos de acuerdo con la cuota que a estos corresponda en la herencia, salvo que se trate de una obligación indivisible. Caso en el cual cada heredero queda obligado por la totalidad de la obligación. No en cambio cuando hay solidaridad que la deuda se divide entre los herederos del deudor solidario. Véase *supra* tema 5.3 y 5.4.

[125] "*Si la deuda fuere en parte líquida y en parte ilíquida, podrá exigirse por el acreedor y hacerse por el deudor el pago de la parte líquida, aun antes de que pueda efectuarse el de la parte ilíquida, si no apareciere que debe procederse de otro modo*".

[126] Véase: Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 175; Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, pp. 92 y 93, sin embargo los principios de integridad e indivisibilidad no tienen carácter absoluto.

[127] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, pp. 22 y ss.; Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 38-66.

[128] Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 40-44; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 305 y 306.

[129] Véase *supra* tema 5.1.1.

[130] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, p. 27.

al vendedor liberarse sino entregando las cosas que comprobadas por él comprador se reconocen de la calidad pactada.[131]

**Sobre el pago de las obligaciones de hacer*[132]. En las obligaciones positivas de hacer rige igualmente la integridad del pago, pero no puede efectuarse contra la voluntad del deudor por un tercero si el acreedor tiene interés en que la cumpla el deudor (CC, art. 1284), es decir, se trate de una obligación infungible.

El deudor debe cumplir la actividad debida, pero como nadie puede ser obligado a la ejecución personal de un hecho o actividad, la intervención jurisdiccional se limita a lograr la satisfacción sustitutiva del acreedor en caso de tratarse de una actividad fungible (CC, art. 1266)[133]. Se afirma que si el acreedor de una obligación de hacer rechaza el ofrecimiento de pago por parte de un tercero, deberá demostrar su interés en el cumplimiento personal del deudor[134].

**Sobre el pago de las obligaciones de no hacer*[135]: Rigen igualmente las normas generales del pago[136] que incluye al acreedor ser autorizado al cumplimiento por cuenta del deudor[137]. La doctrina no desarrolla aquí el pago porque consiste en un abstenerse. Indicamos que para la generalidad de la doctrina no se concibe que el deudor incurra en mora pues solo puede haber incumplimiento absoluto. Pero compartimos la tesis según la cual es factible el incumplimiento inexacto que incluye la mora en las obligaciones negativas en aquellos casos en que el acreedor siga manteniendo interés en el cumplimiento de la obligación[138].

**Sobre el pago de las obligaciones pecuniarias*[139]: Cabe recordar que si el pago de la deuda de dinero, tiene lugar una vez que se ha incurrido en mora, está sujeto a corrección monetaria o indexación, amén del interés legal[140]. Al efecto se afirma: "Ciertamente, se hace necesario reformar o enmendar la normatividad vigente a través de mecanismos que permitan la reajustabilidad del valor de las deudas de sumas de dinero, adecuando los dispositivos legales a los fenómenos económicos, lo cual tiene fundamento

---

[131] *Ibid.*, p. 29; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 305 y 306.

[132] Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 45-49; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 306.

[133] Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 45-47. Véase *supra* tema 6.

[134] *Ibid.*, p. 78.

[135] *Ibid.*, pp. 50-53.

[136] Véase: Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, pp. 84 y 85; Wayar, *ob. cit.*, p. 226, el asunto no ha trascendido mayormente quedando siempre en el ámbito de las lucubraciones teóricas. No es legítimo sostener que las obligaciones de no hacer escapan a la fuerza cancelatoria del pago aunque algunas normas no se refieran expresamente a ellas.

[137] Giorgi, *ob. cit.*, p. 28.

[138] Véase *supra* tema 9.

[139] Véase: Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 53-66.

[140] Véase *supra* tema 5.6.

en razones de necesidad social y equidad y encuentran su solución en el principio valorista"[141].

9. Tiempo[142]

En torno al tiempo del pago aplica la autonomía de la voluntad[143]. Depende de lo que se haya convenido y de la naturaleza de la obligación, así como del cumplimiento del término o de la condición. A dicha normativa nos referimos anteriormente a propósito de las obligaciones a término[144].

Dispone el artículo 1212 CC: "*Cuando no haya plazo estipulado, la obligación deberá cumplirse inmediatamente si la naturaleza de la obligación, o la manera como deba ejecutarse, o el lugar designado para cumplirla, no hagan necesario un término, que se fijará por el Tribunal. Si el plazo se hubiere dejado a la voluntad del deudor, se fijará también por el Tribunal*".

Según la norma, si no se estipula plazo, la obligación debe cumplirse de inmediato. No obstante es posible que dada la naturaleza de la obligación (por ejemplo, construir una casa o escribir un libro) se precise un lapso para cumplirla, en cuyo caso lo fijará el Tribunal (tanto si no se ha fijado plazo como se hubiere dejado a la voluntad del deudor, esto último a fin de evitar que la obligación dependa de su exclusiva voluntad). Así pues, en caso de duda se refiere la intervención del Juez[145].

Si se fija término debe cumplirse al vencimiento del mismo. El pago por anticipado[146] es válido pues se entiende que el deudor ha renunciado al beneficio del término que le beneficia. Pero puede ser susceptible de empobrecer al deudor en cuyo caso excepcional tiene derecho a reclamar la medida de su perjuicio y enriquecimiento del otro (CC, art. 1213[147]).

El término puede ser *convencional, legal o judicial* y en principio es en beneficio del deudor (CC, art. 1214) lo que se conoce como *favor debitoris*[148], salvo en caso de contratos como el mutuo (CC, art. 1741) y el deposito (CC, art. 1771).

Cabe recordar el supuesto de "caducidad" del término o plazo[149], que acontece cuando el deudor insolvente y disminuye garantías (CC, art. 1215).

[141] *Ibid.*, p. 60.

[142] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 135-147; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 307; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 731.

[143] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 288.

[144] Véase *supra* tema 5.2.2.

[145] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 145-147, indica que tal intervención genera dudas pudiendo tener carácter declarativo o determinativo-constitutivo.

[146] Véase *supra* tema 5.2.2.3.

[147] "*Lo que se debe en un término fijo no puede exigirse antes del vencimiento del término; pero no se puede repetir lo que se ha pagado anticipadamente, aunque el deudor ignorase la existencia del plazo. Sin embargo, si el deudor pagó ignorando el término, tiene el derecho de reclamar, en la medida de su perjuicio, el enriquecimiento que su pago anticipado haya procurado al acreedor*".

[148] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 100.

[149] Véase *supra* tema 5.2.2.3.

El incumplimiento culposo del tiempo del pago puede determinar la mora[150], pues vale recordar que el tiempo es importante para el Derecho y de ello no escapa el cumplimiento de la obligación.

10. Lugar[151]

Dispone el artículo 1295 del CC: "*El pago debe hacerse en el lugar fijado por el contrato. Si no se ha fijado el lugar, y se trata de cosa cierta y determinada, el pago debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa que forma su objeto, en la época del contrato. Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo lo que se establece en el artículo 1528*".

El lugar del pago es determinante y de vital importancia práctica y económica[152]. En principio el pago debe hacerse en el lugar convenido, en el título constitutivo de la obligación. "El momento en que debe y puede efectuarse el pago depende de lo pactado y de la propia naturaleza de la obligación"[153]. Por lo que primeramente se atenderá a la voluntad de las partes si han fijado el lugar de pago[154].

Si nada se ha estipulado prevé el art. 1295 CC tratándose de cosa cierta y determinada el pago debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa que forma su objeto, en la época de la celebración del contrato. En los demás casos se atenderá al domicilio del deudor, esto es, a su principal sede jurídica[155].

Finalmente, la norma deja a salvo lo relativo a la materia del contrato de compraventa, en que debe tomarse en cuenta el artículo 1528[156] del CC según el cual a falta de estipulación distinta de las partes pues se trata de una norma dispositiva, el lugar de pago, será donde debe hacerse la tradición. El principio del domicilio del deudor tiene como excepción que la ley fije otro. Por ejemplo, el artículo 1744 del CC que establece en materia de mutuo que se debe pagar en el lugar donde se hizo el préstamo.

Cabe citar también el Artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado: '*Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes...*' se observa que las mismas disponen como principio general, que las obligaciones se cumplen en el lugar que hubieren fijado las

---

[150] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 123.

[151] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 125-134; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 308.

[152] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 121.

[153] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 108.

[154] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 293, aplica igualmente la autonomía de la voluntad; Álvarez Olalla, Pilar y otros, *ob. cit.*, p. 65, se trata de una norma dispositiva.

[155] Véase sobre la sede jurídica, nuestros trabajos: *La sede jurídica...*, *ob. cit.*, pp. 449-495*; Manual de Derecho Civil I Personas..*, pp. 164-195.

[156] "*Cuando nada se ha establecido respecto de esto, el comprador debe pagar en el lugar y en la época en que debe hacerse la tradición. Si el precio no ha de ser pagado en el momento de la tradición, el pago se hará en el domicilio del comprador según el artículo 1295*".

partes en un contrato y al no constar de manera expresa éste, debe ser en el domicilio del obligado[157].

11. Gastos[158]

De conformidad con el artículo 1297[159] del CC son en principio a cuenta del deudor[160], en virtud del principio de la integridad del pago[161], salvo que la ley o las partes prevean algo distinto dado el carácter dispositivo de la norma.

12. Prueba[162]

La prueba del pago le corresponde al deudor, y por tal debe exigir el instrumento u otra prueba que acredite el mismo. Recordemos el citado 1354 del CC a propósito de la prueba de las obligaciones: "*Quien pida la ejecución de una obligación deberá probarla y quien pretenda haber sido libertado de ella debe probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación*". En sentido semejante se aprecia el artículo 506 del CPC[163].

Son admisibles todos los medios de prueba aunque la prueba por excelencia es el recibo firmado por el acreedor[164]. La carga de la prueba de la obligación pesa sobre el acreedor pero sobre el deudor pesa la carga de la prueba del pago. El pago constituye un hecho extintivo positivo de la obligación[165].

Debe el deudor exigir recibo de finiquito y es una de las obligaciones o deberes del acreedor entregarlo. Refiere Mélich que no existe disposición que estipule recibo de la prueba de obligación de hacer, pero debe reputarse al acreedor incurso en incumplimiento de sus obligaciones en violación del principio de la buena fe[166] que impone el artículo 1160 del CC. Lo mismo vale obviamente para las obligaciones negativas en las que el acreedor debe suministrar el correspondiente recibo de pago.

El recibo es el modo ordinario de la prueba del pago sin perjuicio de que se pueda probar por cualquier medio admitido en derecho[167]. El recibo es

---

[157] TSJ/SConst., Sent. 1641 del 2-11-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1641-21111-2011-09-1380.html

[158] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 306 y 307.

[159] "*Los gastos del pago son de cuenta del deudor*".

[160] Véase igualmente en el Derecho español: Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 126.

[161] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 104.

[162] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp 153-157; Wayar, *ob. cit.*, pp. 448 y ss. La prueba del pago debe ser aportada por el deudor; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 202-206; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 212 y 213; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 738.

[163] Véase *supra* tema 6.5.

[164] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 109.

[165] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 202.

[166] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, p. 25. Véase sobre la buena fe: Llanos Lagos, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. II, pp. 358-364.

[167] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 104; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 122.

el documento por medio del cual el destinatario del pago reconoce que el cumplimiento ha tenido lugar[168].

Vale recordar la limitación relativa a la prueba de testigos en obligaciones mayores de 2.000 bolívares prevista en el artículo 1387 del CC que se considera acertadamente extensible a la extinción del vínculo[169], a diferencia del Código Mercantil[170]. Se discute si el acreedor debe devolver el instrumento donde consta obligación[171], y la buena fe apuntaría a responder afirmativamente, toda vez que de ella deriva la obligación cumplida o pagada. El Código de Comercio en materia mercantil contiene una disposición expresa en el artículo 117[172].

El deudor tiene a su favor el artículo 1296 CC: "*Cuando la deuda sea de pensiones o de cualquiera otra clase de cantidades que deben satisfacerse en períodos determinados, y se acreditare el pago de las cantidades correspondientes a un período, se presumen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario*".

Así como la presunción del artículo 1379 CC: "*Toda anotación puesta por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de su título de crédito, cuando tiende a demostrar la liberación del deudor, hace fe, aunque no lleve la fecha ni la firma del acreedor, con tal que el título haya permanecido siempre en sus manos. Lo mismo sucederá con las anotaciones puestas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso del duplicado de un título personal al deudor, o de un recibo precedente, con tal que este documento se encuentre en manos del deudor*".

13. Efectos[173]

En el pago se distinguen efectos *ordinarios* y *extraordinarios.* Entre los ordinarios se ubica que el pago total obviamente extingue la obligación y el pago parcial extingue la deuda solo por parte correspondiente. Algunos incluyen en los efectos extraordinarios del pago el pago con subrogación

---

[168] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 169.

[169] Annichiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 101 y 102.

[170] Véase C.Comercio, artículo 128, "*La prueba de testigos es admisible en los negocios mercantiles, cualquiera que sea el importe de la obligación o liberación que se trate de acreditar, y aunque no haya principio de prueba por escrito, salvo los casos de disposición contraria de la ley*"; http://guarico.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/JUNIO/396-15-3139-04.–02-150605.HTML (dato incompleto en la web).

[171] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 309, para algunos la respuesta debe ser afirmativa, por cuanto no hay razón alguna para que el acreedor deba retener el título, a menos que en dicho título consten obligaciones distintas a la extinguida; o se hubiere perdido o extraviado sin culpa del acreedor, o éste se encuentre legítimamente impedido de restituirlo. Salvo en los casos en que la ley consagra expresamente el derecho del deudor a recobrar el título de la deuda (como ocurre en materia mercantil con algunos títulos de crédito), la jurisprudencia y la doctrina oscilan, y en algunos casos se inclinan por recocer el derecho del deudor a recobrarlo, no admiten que la negativa de entrega del acreedor puede justificar la negativa del deudor a no cumplir.

[172] "*El deudor que paga tiene derecho a exigir un recibo y no está obligado a contentarse con la simple devolución del título de la deuda sin la nota de pago*".

[173] *Ibid.*, pp. 308 y 309.

que veremos de seguidas. Algunos agregan como efecto "*accidental*", la posibilidad de acudir al procedimiento de oferta real y deposito subsiguiente.

14. Imputación de pagos[174]

14.1. *Noción*

Imputar un pago supone señalar y designar a cuál deuda debe aplicarse un pago, cuando el deudor tiene contra sí varias obligaciones a favor del mismo acreedor. Por lo que acontece cuando un deudor tiene distintas deudas homogéneas con un mismo acreedor y realiza una prestación parcial a favor de éste, planteándose entonces a cuenta de cuál se ha realizado dicho pago. Esto es se precisa saber a cuál deuda se "imputa" ese pago.

La "imputación consiste en la designación de la deuda a que ha de aplicarse el pago y se realiza cuando el deudor tiene varias obligaciones en favor del mismo acreedor"[175]. Supone una designación o señalamiento al momento del pago de la deuda a la que haya de aplicar la prestación verificada por el deudor[176]. Se precisa pues pluralidad de deudas de la misma especie y que el pago no cubra todas ellas total o parcialmente[177]. El cumplimiento efectuado debe ser insuficiente para cubrir todas las deudas, dado que si alcanzara no cabría aplicar la presente figura[178]. Su regulación se ubica en los artículos 1302 a 1304 del CC bajo el título "*De la imputación de pagos*". La imputación puede hacerse por el deudor, por el acreedor y por la ley[179].

Finalmente, el supuesto se contrae a un pago efectuado voluntariamente, por lo que no cabe extenderlo a la ejecución forzada o situaciones como las que se producen cuando se ha declarado el estado de atraso o quiebra[180].

14.2. *Requisitos*

La imputación de pagos precisa como requisitos de procedencia:

– Existencia de *dos* o más *obligaciones* entre un *solo deudor* y un *solo acreedor.*

– Que se trate de obligaciones *homogéneas.* Deben ser de la misma naturaleza (CC, 1302), de lo contrario no procede la figura. "El requisito principal

[174] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 121-124; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 310-313; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 95; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 732 y 733; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 142 y 143; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 129 y 130; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 268 y 269; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 113-118; Wayar, *ob. cit.*, pp. 465 y ss., se plantea cuando el deudor efectúa un pago inferior al necesario para cancelar todas las obligaciones; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 76-78; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 215-222; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 246; Moisset de Espanés, Luis: *Imputación del pago en el nuevo Código Civil de Paraguay*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-9, www.acaderc.org.ar.

[175] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 270.

[176] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 215.

[177] Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

[178] Ghersi, *ob. cit.*, p. 268.

[179] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 687.

[180] Mélich Orsini, *El pago...*, p. 121.

para que funcione la llamada «imputación» del pago es que existan varias relaciones obligatorias que tengan prestaciones de la misma naturaleza; el caso más frecuente es el de las obligaciones de dar sumas de dinero, pero también podría presentarse en las obligaciones de dar cantidades de cosas"[181].

– Que haya un pago parcial en relación a lo que se debe.

– Que las partes *no hayan convenido en preferir el pago de una obligación* en relación al pago de otra obligación.

14.3. *Reglas aplicables*

Se distingue la imputación de pago por las *partes*, imputación de pagos ejercida por el *deudor* e imputación ejercida por el *acreedor.* Si las partes no han decidido sobre la imputación en el momento de la prestación o inmediatamente después opera el orden legal[182].

Las normas del Código Sustantivo aluden en primer lugar a la voluntad del deudor (1302 CC), luego a la voluntad del acreedor (1304 CC) y finalmente a un orden dispuesto por la ley de manera subsidiaria (1305 CC)[183]. El artículo 1303 CC se refiere a la prioridad de imputar a los intereses. Tales normas presentan carácter meramente dispositivo.

Comienza el artículo 1302 CC señalando la prioridad del deudor en la selección a imputar:"*Quien tuviere contra sí varias deudas de la misma especie tendrá derecho de declarar, cuando pague, cuál de ellas quiere pagar*". La norma le atribuye al deudor la facultad de decir lo relativo a la imputación, que se ejecuta a través de un negocio jurídico unilateral recepticio referido a la persona del acreedor y que debe cumplir con los requisitos de capacidad y ausencia de vicios del consentimiento[184].

El artículo 1303 CC señala salvo acuerdo en contrario la prioridad de adjudicar el pago a los intereses y solo el sobrante podrá ser imputado al capital[185]: *"El obligado por una deuda que produce frutos o intereses no podrá, sin el consentimiento del acreedor, imputar sobre el capital lo que pague, con preferencia a los frutos e intereses. El pago hecho a cuenta del capital e intereses, si no fuere íntegro, se imputará primero a los intereses"*.

De seguidas, el artículo 1304 CC atribuye la opción de la imputación al acreedor a falta de decisión del deudor, básicamente en la selección que realice en el recibo de pago: *"Si quien tuviere contra sí varias deudas en favor de la misma persona aceptare un recibo en el cual el acreedor imputare especialmente la cantidad recibida a una de ellas, no podrá hacer la imputación sobre una deuda diferente, cuando no haya habido dolo o*

---

[181] Moisset de Espanés, *Imputación...*, p. 1.

[182] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 89.

[183] Mélich Orsini, *El pago...*, p. 121.

[184] *Ibid.*, p. 122.

[185] *Idem.*

sorpresa de parte del acreedor". Si el deudor no hace uso de su facultad de decidir, se le atribuye al acreedor. La norma se refiere a la aceptación del recibo por parte de quien pagó, lo que permite discutir que se trate de un negocio unilateral o de un negocio bilateral. Si el deudor sin protestar acepta el recibo no podrá reclamar salvo "dolo" o "sorpresa" del acreedor. Este último término se discute, pretendiéndose asimilar a una "reticencia culposa", mientras que para otros simplemente se trataría de una conducta contraria a la buena fe[186].

Finalmente, a falta de decisión de deudor y acreedor, se prevé un orden legal a seguir en el artículo 1305 CC, estableciendo un criterio subsidiario para suplir la ausencia de voluntad de las partes[187]: "*A falta de declaración el pago debe ser imputado primero sobre la deuda vencida; entre varias deudas vencidas*[188] *sobre la que ofrezca menos seguridades para el acreedor*[189]*; entre varias igualmente garantizadas sobre la más onerosa para el deudor*[190]*; entre varias igualmente onerosas sobre la más antigua*[191]*; y en igualdad de circunstancias proporcionalmente a todas*[192]". La norma trata de distribuir la imputación equitativamente entre acreedor y deudor.

15. Oferta real y depósito subsiguiente[193]

Se estudia entre los efectos accidentales del pago. Referido en los arts. 1306 al 1313 del CC y en los arts. 819 y ss. del Código de Procedimiento Civil (CPC)[194]. Acontece cuando el acreedor se niega injustificadamente a recibir pago. Procede en pago de obligaciones pecuniarias, un cuerpo determinado, un inmueble por su naturaleza o destinación. Solo aplica en el ámbito de las obligaciones de dar, pues son estas las únicas en que el objeto de

---

186 *Ibid.*, p. 123.

187 Véase: *ibid.*, pp. 123 y 124.

188 Lagrange, *Apuntes*... indicaba que una deuda está vencida aunque se haya acordado una prórroga amistosa.

189 El crédito quirografario o el crédito sin garantía. Así como ofrece menos garantías el crédito constante en un documento privado no reconocido ni tenido legalmente por reconocido, que el crédito constante de un documento público o privado reconocido. El crédito que consta de un título no dotado de fuerza ejecutoria.

190 Por ejemplo la deuda que devenga intereses.

191 Véase: Mélich Orsini, *El pago*..., p. 124, la referencia a la más antigua algunos la interpretan con relación al momento de nacimiento de la obligación, pero la mejor doctrina la tiende a referir al término de exigibilidad más remoto de la obligación que haría correr el riesgo de su prescripción (interpretación a favor del acreedor). Para Lagrange (*Apuntes*...) la que venció o va vencerse primero.

192 Mélich Orsini, *El pago*..., p. 124, lo que ha sido interpretado como una singular derogación de la facultad reconocida al acreedor de rehusar su cumplimiento parcial (1291 CC).

193 Véase: *ibid.*, pp. 207-240; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 97 y 98; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 733-738; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 522-530; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 143-147; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 124-129; Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 236-244; Cano Hurtado, María Dolores: *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*. Madrid, Dykinson, 2005, http://books.google.co.ve/books?isbn=8497725999.

194 Véase: Sánchez Noguera, Abdón: *Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos*. Caracas, Ediciones Paredes, 2ª edic., 3ª reimpresión, 2006, pp. 515-535.

la prestación puede ser depositado o puesto a disposición de la autoridad judicial. No aplica a las obligaciones de hacer consistentes en "servicios" y tampoco a las obligaciones negativas.

El deudor no solo tiene el deber de pagar sino que también tiene interés en ello dado el efecto liberatorio que produce el pago. "El único fin para el cual fue concebido el procedimiento de Oferta Real de Pago y Depósito, es el de liberar al deudor de la obligación"[195].

Como es natural, la situación del deudor que quiere cumplir fielmente la obligación pero que no puede llegar a hacerlo por la falta de colaboración del acreedor ha de ser amparada por el ordenamiento[196]. En el pago hay siempre la colaboración, la cooperación entre acreedor y deudor. Sin tal cooperación o ese obrar conjunto no se puede realizar el pago[197]. Son muchas las obligaciones que no pueden cumplirse sin que el acreedor preste su colaboración[198]. En caso de negativa injustificada del acreedor a recibir el pago del deudor puede liberarse mediante la consignación judicial de la cosa debida[199]. Se trata de un mecanismo de "liberación forzosa" del deudor[200]. De allí que en otra legislación se aluda a "pago por consignación"[201].

La posibilidad de la oferta real y depósito podrá presentarse como uno de los efectos de la mora del acreedor[202]. Se trata de una opción para el deudor, de un derecho potestativo. Refiere la doctrina que si el deudor acude al presente procedimiento sin haber explorado si había buena disposición del acreedor en recibir el pago, simplemente tendría que soportar los costos del ofrecimiento[203]. Si el acreedor acepta el pago en el mismo momento que el Juez le hace el ofrecimiento, no resultaría manifiesta la necesidad del medio empleado por el deudor para satisfacer su interés en el cumplimiento de la obligación por lo que no podría imputársele al acreedor los gastos[204]. Esto no obstante la norma del artículo 1309 CC: "*los gastos del ofrecimiento real y del depósito, si estos actos fueren válidos, son de cargo del acreedor*".

Al efecto indica el artículo 1306 CC: "*Cuando el acreedor rehúsa recibir el pago, **puede** el deudor obtener su liberación por medio del ofrecimiento real*

---

[195] Tribunal del Municipio Valdez, del Segundo Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 23-2-11, Exp. 037-10, http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/1233-23-037-10-25.html.

[196] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 236.

[197] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 7.

[198] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 137.

[199] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 98.

[200] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 238.

[201] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 7.

[202] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 126, entre los requisitos para que exista mora del acreedor cabe recordar que la obligación se encuentre vencida, que exista un ofrecimiento formal por parte del deudor y la negativa injustificada del acreedor.

[203] Mélich Orsini, *El pago...*, p. 212.

[204] *Ibid.*, p. 213.

y del depósito subsiguiente de la cosa debida. Los intereses dejan de correr desde el día del depósito legalmente efectuado, y la cosa depositada queda a riesgo y peligro del acreedor" (destacado nuestro). Obsérvese según se indicó que se trata de una facultad y no de una obligación para el deudor. Pero que según la norma, le permite obtener su liberación.

En opinión de Lagrange no existe propiamente una forma de pago, sino una forma de obtener la liberación ante la resistencia injustificada del acreedor. Pero según se deriva de la citada norma con la figura se evita que recaigan sobre el deudor los efectos de la mora[205].

Las condiciones de validez de la oferta real seguida del depósito de la cosa debida son las mismas condiciones de validez del pago en general. Prevé el artículo 1307 CC: *Para que el ofrecimiento real sea válido es necesario:*

1º Que se haga al acreedor que sea capaz de exigir, o a aquél que tenga facultad de recibir por él.

2º Que se haga por persona capaz de pagar.

3º Que comprenda la suma íntegra u otra cosa debida, los frutos y los intereses debidos, los gastos líquidos y una cantidad para los gastos ilíquidos, con la reserva por cualquier suplemento.

4º Que el plazo esté vencido si se ha estipulado en favor del acreedor.

5º Que se haya cumplido la condición bajo la cual se ha contraído la deuda.

6º Que el ofrecimiento se haga en el lugar convenido para el pago, y cuando no haya convención especial respecto del lugar del pago, que se haga a la persona del acreedor, o en su domicilio, o en el escogido para la ejecución del contrato.

7º Que el ofrecimiento se haga por ministerio del Juez[206].

Señaló recientemente la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal que el procedimiento de oferta real precisa la necesidad de acreditar la existencia o certeza de la obligación y agrega que deben observarse las formas del debido proceso en dicho procedimiento contradictorio[207].

Agrega el artículo 1308 CC: *Para la validez del depósito no es necesario que sea autorizado por el Juez; basta para ello.*

"1º Que lo haya precedido un requerimiento hecho al acreedor, que contenga la indicación del día, hora y lugar en que la cosa ofrecida se depositará.

---

[205] LAGRANGE, *Apuntes*...

[206] Véase: Tribunal del Municipio Valdez, del Segundo Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 23-2-11, Exp. 037-10, http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/1233-23-037-10-25.html "No puede realizarse válidamente una oferta con la mediación judicial, sino cuando se cumplan las exigencias que contempla el artículo 1307 del Código Civil..." (Sentencia Nº 2575 de la Sala Constitucional del 16 de octubre de 2002, Oscar Pierre Tapia, Nº 10, año 2002, página 295 y siguientes).

[207] TSJ/SConst., Sent. Nº 171 del 10-3-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/175156-171-10315-2015-14-1109.HTML.

2º Que el deudor se haya desprendido de la posesión de la cosa ofrecida, consignándola, con los intereses corridos hasta el día del depósito, en el lugar indicado por la Ley para recibir tales depósitos.

3º Que se levante un acta, por el Juez, en la cual se indique la especie de las cosas ofrecidas, la no aceptación por parte del acreedor o su no comparecencia, y en fin, el depósito.

4º Que cuando el acreedor no haya comparecido, se le notifique el acto del depósito, con la intimación de tomar la cosa depositada".

En cuanto a cosa determinada dispone el artículo 1313 CC: *"Si la cosa debida es un objeto determinado que debe entregarse en el lugar donde se encuentra, el deudor requerirá al acreedor para que la tome. Hecho este requerimiento, si el acreedor no toma la cosa, el deudor puede hacerla depositar por medio del Tribunal en otro lugar. Si el objeto de la deuda es un inmueble por su naturaleza o por su destinación, el deudor puede, después de requerir al acreedor para que tome posesión de aquéllos, obtener del Juez que nombre un depositario. Las disposiciones de los artículos 1309, 1310, 1311 y 1312, son aplicables a los casos previstos en este artículo*".

Al efecto, encontramos una decisión judicial a propósito del cumplimiento de los requisitos de la oferta de una cantidad de dinero: "luego de considerar todas y cada una de las obligaciones contractuales o legales que se deducen del convenio firmado por las partes, así como de la contumacia del oferido en no acudir a manifestar alegatos en cuanto a la no aceptación de la oferta real de pago, debe concluir que no existen intereses y frutos debidos, y tampoco se puede exigir al oferente la consignación de cantidades destinadas a gastos líquidos e ilíquidos, que el mismo tribunal no podría determinar, ya que como consta en autos, no se trató de la oferta real de pago mediante un objeto mueble, títulos valores, especies o inmuebles, o cualesquiera otra cosa u objeto que pudiese haber originado gastos de depósito necesario, mantenimiento y/o conservación de la cosa oferida, sino de una cantidad de dinero cierta, líquida y exigible compuesta o integrada únicamente por el capital adeudado, que si bien es cierto en la práctica es necesario y se ordenó su depósito en un banco, tal depósito no genera gastos para el oferido y por el contrario si le genera intereses. Por otra parte, el procedimiento de oferta real de pago y depósito no genera gastos a cargo del oferido, como lo serían por ejemplo los gastos de protocolización de la liberación de la obligación, pues ellos, por mandato de la Ley, son a cargo del comprador, que lo es el oferente, lo que haría inoficioso, por no decir inútil, que este los incluyera en la oferta real de pago, amén de que al respecto no se pactó convenio alguno. Así se decide"[208].

[208] Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 31-10-07, Exp/10435, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/222-31-10.435-10.435.html. "El vencimiento del término es evidente, ...Del mismo documento se evidencia que no se establecieron condiciones e indudablemente el ofrecimiento se hizo por ministe-

Entre las normas sustantivas de la figura vale citar que "*mientras el acreedor no haya aceptado el depósito, el deudor podrá retirarlo; y si lo retira, sus codeudores y sus fiadores no se libertan de la obligación*" (CC, art. 1310). Contrariamente, no puede retirarse el depósito en perjuicio de estos últimos una vez que media cosa juzgada ni con el consentimiento del acreedor (CC, 1311[209]); incluso con tal consentimiento de mediar cosa juzgada se pierden las garantías previas (CC, art. 1312[210]). Por lo que si el acreedor acepta el depósito o es declarado válido mediante sentencia, el deudor no puede retractarse y la situación equivale al pago propiamente tal. Los gastos del procedimiento son de cargo del acreedor (1309 CC) a diferencia de los gastos del pago propiamente que son a cargo del deudor[211].

El referido procedimiento es indispensable que lo cumpla el requirente en los casos de acción de cumplimiento o ejecución en especie, a fin de acreditar el cumplimiento de su prestación. Se afirma que existen dos casos en que el deudor para liberarse debe seguir procedimiento distinto: arrendamiento y letras de cambio[212].

Según se indicó el procedimiento de oferta real y depósito es característico de obligaciones de dar. En aquellas obligaciones de hacer[213] y obligaciones negativas en que no sea posible acudir al mismo, será conveniente a los fines de dejar constancia de la mora del acreedor acudir a las notificaciones judiciales previstas en los artículos 932 y siguientes del CPC[214], sin perjuicio de cualesquiera otros medios probatorios[215].

---

rio del Juez, debiendo concluir esta superioridad, que de la exhaustiva revisión y análisis de las actas cursantes de autos, tales requisitos fueron cumplidos a cabalidad por la oferente. Y así se decide".

[209] "*Cuando el deudor ha obtenido una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual haya declarado buenos y válidos la oferta y el depósito, no puede, ni aun con el consentimiento del acreedor, retirar el depósito en perjuicio de sus codeudores o de sus fiadores*".

[210] "*El acreedor que ha consentido en que el deudor retire el depósito, después que éste ha sido declarado válido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede prevalerse, para el pago de su crédito, de los privilegios e hipotecas que lo garantizaban*".

[211] Véase *supra* 2.9 del tema.

[212] Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 98.

[213] Véase en sentido contrario, reseñando que es posible el ofrecimiento de pago en obligaciones de hacer: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 265, con las limitaciones y cambios que la naturaleza de éstas requiera.

[214] Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago*..., pp. 213-215.

[215] LAGRANGE, *Apuntes*...

TEMA 18
Formas de Extinción de las Obligaciones Diferentes del Pago que Satisfacen al Acreedor[1]

SUMARIO: *1. Generalidades 2. Pago con subrogación 3. Dación en pago 4. Compensación*

1. Generalidades

Según vimos existen diversas formas de extinción de las obligaciones distintas al modo por excelencia que es el pago[2]. Una de las principales clasificaciones distingue aquellos modos que de alguna manera satisfacen al acreedor como la dación en pago de aquellos otros que no suponen satisfacción alguna para el acreedor, como la prescripción. Otros autores[3] distinguen entre medios voluntarios e involuntarios.

Se alude a "subrogados del cumplimiento" porque vienen a sustituir al pago en una determinada situación, permitiendo la liberación del deudor y la extinción de la obligación. La satisfacción del acreedor se obtiene con algunos subrogados (compensación o dación en pago) mientras que en otro deudor renuncia a obtenerla (remisión de deudor). El origen de estos mecanismos está en la ley o en la voluntad de las partes[4].

Precisamente algunos ubican el pago con subrogación como un modo extintivo autónomo de extinción de las obligaciones. En tanto que nuestro Código Civil lo trata dentro del instituto del pago. Veremos en qué consiste esta particular modalidad o variante del pago o si se quiere un modo extintivo de la obligación, al menos para el acreedor originario, quien ve satisfecha su acreencia y da por terminada la relación obligatoria.

Trataremos también otro modo que satisface al menos técnicamente al acreedor y que algunos también ubican en la línea de una modalidad de pago, a saber, la dación en pago. Y finalmente, un modo que para algunos se ubica entre los modos que propician la satisfacción del acreedor, a saber, la compensación.

---

[1] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 353 y 354; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 203 y ss (el autor alude a "las causas de extinción distintas al pago genuino" (*ibid.*, p. 203).

[2] Véase *supra* 17.1.

[3] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 296.

[4] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 95.

2. Pago con subrogación[5]

2.1. *Noción*

La subrogación en términos simples supone la idea de "sustitución o reemplazo"[6]. La subrogación ha sido definida como la "sustitución en una relación de derecho, de una cosa en lugar de otra (subrogación real) o de una persona en vez de otra (subrogación personal)"[7]. "El pago con subrogación es una especie de una figura jurídica mucho más amplia denominada subrogación, que se define como "la sustitución en una relación de derecho, de una cosa en lugar de otra (subrogación real), o de una persona en vez de otra (subrogación personal)"; en esta última categoría se encuentran la subrogación convencional y la subrogación legal"[8].

El pago con subrogación es una figura en virtud de la cual un tercero paga y asume la titularidad del crédito. Se afirma que sería más propio referirse a "subrogación por pago". El pago por subrogación es una forma de pago en la cual una persona distinta del deudor paga al acreedor, y bien sea por voluntad del acreedor, del deudor o de la ley, el tercero que paga se sustituye en los derechos del acreedor frente al deudor. Constituye una especie de la subrogación personal a la par de la cesión de crédito y la asunción de deuda[9]. Conforma el "pago de una obligación hecho por un tercero que adquiere los derechos y ocupa la situación del primitivo acreedor respecto del deudor"[10].

La sustitución del acreedor por el tercero que le paga el importe de su crédito permite a éste adquirir el mismo derecho que tenía el acreedor, con sus garantías y accesorios. No todo pago efectuado por tercero es subrogatorio; se precisa un tercero con interés jurídico en el pago. Es un pago con efectos particulares pues la obligación en vez de extinguirse propiamente

---

5 Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 161-203; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 313-320; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 357-362; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 99-112; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 739-745 y 789-808; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 53-65; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 509-522; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 134-142; Lasarte, Carlos: *La subrogación por pago del tercero*, Zaragoza 2012, www.derechocivil.net/.../CLASARTE-Subrog**pago**tercero-9oct2012.pdf; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 483-486; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 82-84; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 390-392; Rotondi, Mario: *La subrogazione per pagamento*. Cedem, Studi Di Diritto Privato italiano e straniero diretti da. Vol. IX, 1933; Alferillo, Pascual: *Reflexiones sobre el pago con subrogación*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar ; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 339-344; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 123-132; TSJ/SCC, Sent. 717 del 27-7-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00717-270704-03756.htm.

6 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 24.

7 Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 14-4-10, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/abril/959-14-20801-1.html.

8 Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 20-10-09, Exp. 33.854, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/OCTUBRE/1327-20-33854-.HTML.

9 Lagrange, *Apuntes...*

10 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 315 y 316.

se transmite[11]. El pago con subrogación es una institución de importante incidencia práctica. Difiere del pago ordinario en que en lugar de extinguir la deuda no hace más que cambiar la persona del acreedor[12].

"Un tercero paga al acreedor y se coloca en la posición del acreedor originario. La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros"[13]. El pago del tercero no extingue la obligación primitiva y dicho tercero se coloca en la misma posición jurídica del acreedor originario, conservando el crédito íntegro, con su rango y relaciones accesorias[14]. El pago que hace ese tercero extingue el derecho de crédito del acreedor originario pero no la obligación, que permanece idéntica, que tan solo se produce un cambio en el sujeto activo de la obligación, persona del primitivo acreedor, produciéndose una subrogación en el crédito y convirtiendo a quien paga en el nuevo y verdadero acreedor del deudor"[15].

Cabe señalar que se aclara que en la figura que nos ocupa la obligación no se ha extinguido, sino que subsiste[16]. El pago con subrogación por ser excepcional NO puede ser extendido[17]. Tiene lugar en casos en que el tercero que paga presenta interés en el mismo, y opera en los supuestos taxativos de ley.

En cuanto al *interés práctico del pago con subrogación*, se afirma que el pago no se hace con ánimo de hacer liberalidad al deudor pero presenta beneficios para el antiguo acreedor, para el deudor le es indiferente. Puede ser que al tercero que paga le interese evitar la ejecución del deudor o tener un crédito con garantía. "La subrogación presenta el interés siguiente: para el *solvens*, el de beneficiarse de todas las garantías unidas al crédito que pague; para el deudor, el de encontrar con más facilidad un prestamista que sustituya al acreedor; para el acreedor, el ser pagado"[18].

2.2. *Naturaleza jurídica*[19]

Nuestro Código Civil lo ubica dentro de las normas relativas al pago, pues en la Sección I titulada "*Del Pago*", se ubica: "1º Del pago en general" y de seguidas "2º El pago con subrogación" y luego "3º De la imputación de pagos". De tal suerte que de la sistemática del CC no se deriva como un

---

[11] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 339.

[12] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 509, el deudor se libera sin duda respecto de su acreedor, pero se convierte en deudor del que ha pagado la deuda por él.

[13] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 172.

[14] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 112.

[15] Sánchez Cid., *ob. cit.*, p. 275.

[16] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 26.

[17] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 358.

[18] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 121.

[19] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 315.

modo autónomo de extinción de las obligaciones sino que se ubica dentro de las normas del pago.

Sin embargo, se afirma que no es propiamente un pago ni tampoco extingue la relación obligatoria. Simplemente el acreedor inicial ve satisfecho su crédito y la relación obligatoria –a semejanza con lo que sucede en la cesión de créditos– se extingue para el acreedor originario[20]. Aunque se apuntan notables diferencias con la cesión de crédito[21].

Se pregunta así la doctrina, a propósito de la naturaleza de la figura, si ¿el pago con subrogación extingue realmente la obligación? Algunos lo colocan entre los modos de la extinción de las obligaciones porque ello acontece respecto del acreedor primitivo, pero a raíz de su ubicación en el Código Civil a propósito del "pago", cabe preguntarse si en realidad se extingue la relación obligatoria. Hay un cambio de sujeto activo en razón del pago de otro pero en esencia la obligación original se mantiene. Se extinguió respecto del acreedor original pero no respecto de los demás elementos.

De allí que Mélich Orsini indique que la figura no consiste en la extinción de la obligación preexistente a tal pago, sino en la utilización del pago que hace una tercera persona, distinta del deudor de la obligación, para colocar a ese tercero (*solvens*) en el lugar que en la relación obligatoria ocupaba el anterior acreedor. Por lo que sería más propio aludir a "pago para subrogación", esto es, con el fin de obtener la subrogación, es decir, la sucesión en el lado activo de la relación obligatoria por el tercero que paga[22]. Por eso la doctrina se pregunta que si el pago extingue el crédito primitivo; ¿cómo puede por lo tanto, revivir en beneficio del *solvens*?[23]. Sin embargo, algunos lo ubican en los medios que extinguen y satisfacen al acreedor, porque efectivamente el acreedor original logra la satisfacción de su crédito y respecto de él culmina la relación obligatoria. Pero sistemáticamente la figura no logra desligarse propiamente del pago, por lo que a todo evento se trata de una discusión técnica y teórica cuya mayor trascendencia simplemente es a los fines de la ubicación del tema en la estructura del programa de la asignatura.

2.3. *Clases de pago con subrogación*[24]

Las dos fuentes de la subrogación en el pago vienen dadas por una convención pactada entre acreedor y tercero y por otro lado, por la ley, que puede imponer de pleno derecho que el crédito pasa al tercero[25]. La subrogación puede ser así convencional o legal, la primera tiene lugar mediante el

[20] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 101, para otros es una "ficción legal".

[21] Véase *infra* 2.6. de este tema.

[22] Mélich Orsini, *El pago*..., p. 161.

[23] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 511.

[24] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 26, la subrogación convencional supone el acuerdo de las partes, en tanto que la legal es dispuesta por la ley aunque las partes nada hayan convenido.

[25] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 131.

acreedor antiguo y el tercero; la legal es independiente del acuerdo de los interesados, la ley establece directamente sus efectos[26].

2.3.1. *Subrogación convencional*[27]

a. Por voluntad del acreedor

En tal caso el acreedor es quien tiene la autoridad del vínculo por lo que puede rehusar la subrogación. El tercero que paga no tiene un derecho *per se* a la subrogación sino que depende de la voluntad del acreedor. El deudor no interviene en la subrogación.

Dispone el artículo 1299 CC: "*La subrogación es convencional: 1º Cuando el acreedor, al recibir el pago de un tercero, lo subroga en los derechos, acciones, privilegios o hipotecas, que tiene contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago".*

Se requiere según la norma:

a. El consentimiento del acreedor (aunque no necesariamente escrito) y del tercero subrogado (no del deudor).

b. Que el pago se efectúe con dinero del tercero que se subroga.

c. La voluntad de subrogar debe ser ***expresa***.

d. Que la subrogación sea ***simultánea*** al pago[28].

Aunque ciertamente puede darse constancia de la subrogación que se ha producido. La presente subrogación no está sometida a formalidad pero conviene proveerse de una prueba escrita. Aclara la doctrina que la presente subrogación precisa que el sujeto que ejecuta el pago no sea el propio deudor. Se requiere de una declaración del acreedor pues éste si bien no puede rechazar el pago no está obligado a subrogarlo. La subrogación debe ser "expresa" aunque no escrita mediante una fórmula que no deje duda como "subrogo" y debe ser simultánea al pago recibido (no puede ser ni previa ni posterior al pago). No podría darse posteriormente al pago[29]. Obviamente –aclara una sentencia– amén de tales requisitos se precia "*un pago*", presupuesto básico de la figura[30].

---

[26] Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 348 y 349.

[27] Véase: Mélich Orsini, *El pago*..., pp. 167-179; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 512-516.

[28] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 316; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 30-3-07, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/MARZO/1331-30-5633-.HTML. "En el presente juicio quedó demostrado que Banfoandes como acreedor del demandante ...expresaron su consentimiento tácitamente: ella al pagar y él al recibir el dinero y emitir finiquitos a su nombre. El pago se efectuó con el dinero de la demandada que en este caso era el tercero que se subrogó. El consentimiento fue simultáneo con el pago"; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 20-10-09, Exp. 33.854, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/OCTUBRE/1327-20-33854-.HTML.

[29] Mélich Orsini, *El pago*..., pp. 168-172.

[30] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 20-10-09, Exp. 33.854, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIO-

b. Subrogación por voluntad del deudor[31]

No requiere consentimiento del acreedor pues se produce independientemente de la voluntad de este, pues se efectúa entre el deudor y el tercero. Se trata de una figura curiosa porque no depende del acreedor primitivo. Se justifica por razones de utilidad y presenta una interesante referencia histórica en Francia. El que paga es el deudor con el dinero de un préstamo que le ha dado un tercero.

Continúa el citado artículo 1299 en su ordinal 2º del CC*: "Cuando el deudor toma prestada una cantidad a fin de pagar su deuda y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para la validez de esta subrogación es necesario que el acto de préstamo y el de pago tengan fecha cierta; que en el acto de préstamo se declare haberse tomado éste para hacer el pago, y que en el de pago, se declare que éste se ha hecho con el dinero suministrado a este efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se efectúa sin el concurso de la voluntad del acreedor".*

El supuesto precisa[32]:

a. Un préstamo de dinero efectuado por el tercero al deudor.

b. Consentimiento del deudor y del tercero.

c. Declaración expresa del deudor en el acto de préstamo de que el dinero dado se destina al pago.

d. Declaración expresa en el acto de pago, que éste se efectúa con el dinero para dicho efecto, que aporta dinero el tercero

e. Fecha cierta del acto de préstamo y de pago.

Indica Palacios Herrera que tales formalidades se requieren a fin de evitar posibles fraudes contra los acreedores[33]. Refiere Lagrange que la subrogación requiere cierta colaboración del acreedor originario a los fines de concretarse aunque no precise de su consentimiento pues de lo contrario podría precisar el procedimiento de oferta real y deposito subsiguiente previsto en el artículo 1306 y siguientes del Código Civil.

NES/2009/OCTUBRE/1327-20-33854-.HTML aun cuando el demandante dio su consentimiento para llevar a cabo la subrogación, y se estableció una fecha cierta para el pago...; ese pago no se hizo efectivo con lo que se incumplió con un requisito fundamental para perfeccionar la subrogación, ...por lo que este Tribunal declara INEXISTENTE EL PAGO CON SUBROGACIÓN pretendido en el acta de embargo levantada".

[31] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 317; MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 173-179.

[32] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 317; MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 175.

[33] PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 359. Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 175-179; Tribunal, Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-6-10, Exp. AH14-M-1998-000008, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/2119-15-AH14-M-1998-000008-.html .

2.3.2. *Subrogación legal*[34]

La ley misma concede *ipso iure* el beneficio de la subrogación al que paga al acreedor en ciertos casos[35]. Tiene lugar por el solo y automático efecto de la ley, sin necesidad de una declaración de voluntad del acreedor o del deudor.

Prevista en el artículo 1300 del CC: *"La subrogación se verifica por disposición de la Ley.*

1º En provecho de quien, siendo acreedor, aun quirografario[36]*, paga a otro acreedor que tiene derecho a ser preferido por razón de privilegio o hipoteca*[37]*.*

2º En provecho del adquirente de un inmueble que emplea el precio de su adquisición en pagar a los acreedores en cuyo favor está hipotecado el fundo[38]*.*

3º En provecho de quien, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla[39]*.*

---

[34] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 181-200; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 516-519; Ochoa Gómez, Oscar: *La subrogación legal en el reaseguro*. En: Revista de Derecho Mercantil Nº 3, Año 2, enero-junio 1987, pp. 59-88 (en lo sucesivo al referirnos al autor se entenderá a "*Teoría*....)

[35] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 516.

[36] No privilegiado.

[37] Pretende que otro acreedor con mejor derecho no se adelante en la ejecución. Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 185-187, es necesario que el que paga sea acreedor quirografario y el que recibe el pago sea acreedor preferido en razón de privilegio e hipoteca (no basta con que tenga otra ventaja para asegurar el pago como sería un derecho de retención o acción de revocación); Lagrange, *Apuntes*..., pretende evitar que el acreedor no preferido posiblemente no cobre ante la acción del acreedor preferido, por lo que aquel prefiere darle un respiro económico al deudor a ver si se recupera y pensando que es mejor llegar a cobrar tarde que nunca; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 518 y 519, el motivo que puede impulsar a un acreedor a obrar de este modo es ocupar el lugar de quien tiene rango preferente al suyo. Se dice que existe una laguna si se paga a una acreedor de rango preferente no procede la figura de subrogación legal, aunque pudiera obtener una subrogación voluntaria; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 105-107, un acreedor hipotecario de segundo grado tendría interés en pagarle al acreedor hipotecario de primer grado.

[38] Protege al adquirente de un inmueble contra otros acreedores por lo que se refiere a créditos hipotecarios. Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 191-194. Indica Lagrange, *Apuntes*..., siendo un pago que tiene una doble virtud o eficacia por satisfacer la obligación garantizada con hipoteca. El que ha pagado se ha subrogado en la acreencia del deudor hipotecado siendo propietario del inmueble con hipoteca cuya titularidad tiene el mismo, pero ello evita que si existe otra hipoteca de grado más lejano le ejecute el inmueble por él adquirido; Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 517, no era necesario un texto especial para conceder el beneficio de la subrogación pues existe en virtud del artículo 1300, párrafo segundo, que prevé que quien ha pagado voluntariamente el precio a los acreedores hipotecarios queda subrogado en los derechos de los acreedores a quien ha pagado; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 107 y 108.

[39] El que está obligado "con" otros es el codeudor bien sea en razón de solidaridad o indivisibilidad. Mientras que el que está obligado "por" otro, es el fiador. Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 108 y 109, incluye al deudor solidario y al fiador, aunque el primero no podrá reclamar de los otros deudores sino la parte de cada quien, perdiendo la ventaja que le otorga la solidaridad; Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 516, esta fórmula tan amplia comprende todas las situaciones en que el acreedor puede perseguir a varias personas como deudores principales (obligaciones solidaria) ya los unos como deudores accesorios (fianza). Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 196-200, el autor agrega el caso de "los terceros detentadores de los diferentes inmuebles hipotecados en garantía de la misma deuda en sus relaciones internas". (*ibid.*, pp. 198 y 199). Lagrange (*Apuntes*...) agrega el caso del profesional que

4º En provecho del heredero a beneficio de inventario que ha pagado con sus propios fondos las deudas de la herencia"[40].

Se distingue aquellos casos en que el *solvens* estaba obligado al pago de la deuda (ords. 2 y 3) y casos en los cuales no está obligado al pago de la deuda (ords. 1 y 4)[41].

2.3.3. *Subrogación parcial*

Ocurre cuando el subrogado no paga la totalidad de la deuda al acreedor. En tal caso concurren al cobro de sus créditos. Dispone el artículo 1301 del CC: *"La subrogación establecida en los artículos precedentes ha lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores. El acreedor a quien se ha pagado en parte y quien le ha hecho el pago parcial, concurren juntos para hacer valer sus derechos, en proporción de lo que se les debe*".

Refiere la doctrina que la norma hace una aclaratoria que tiene una explicación histórica basada en las enseñanzas de Pothier según el cual era impropio que un nuevo acreedor desconocido por el fiador pudiera perseguir a éste[42].

2.4. *Efectos del pago con subrogación*[43]

2.4.1 El subrogado que ha pagado se sustituye al acreedor satisfecho y adquiere todos los derechos y acciones del antiguo acreedor con sus correspondientes accesorios o garantías[44]. La subrogación no puede agravar posición del obligado.

---

tiene interés en cumplir la obligación que otra persona ha contraído y no ha cumplido. Particularmente cuando se trata de un caso en los cuales el profesional se ha servido de agentes de ejecución.

[40] Se trata exclusivamente del heredero "a beneficio de inventario" pues el heredero puro y simple confunde su propio patrimonio con el del causante. Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 194-196. La ley tiene entonces interés en facilitar la rápida liquidación de la herencia y de allí que acepta que en tal caso el heredero que paga se subroga. Es una situación análoga a la del ordinal 2 por la cuenta que sacará el heredero a beneficio de inventario es que el tercero que quiera atacar en ejecución quedará desalentado ante su subrogación; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 519; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 109 y 110, al no haber confusión de patrimonio, no está obligado a pagar las deudas de la herencia más allá del valor de los bienes, al pagar de sus propios fondos se convierte en acreedor del causante como cualquier otro.

[41] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 317 y 318.

[42] MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 200 y 201.

[43] Véase: *ibid.*, pp. 201-203.

[44] Véase: CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 510, por lo que la principal ventaja podría proceder de una garantía real o personal como privilegio o hipoteca, así como también todas las acciones, como sería una resolución de venta; Tribunal, Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-6-10, Exp. AH14-M-1998-000008, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/2119-15-AH14-M-1998-000008-.html "Por tanto al existir el pago de la obligación, el tercero subrogado por sus efectos conserva la titularidad de los derechos, acciones, privilegios o hipotecas que le correspondían al acreedor en la obligación que mantenía con la demandada y por lo tanto se tiene como efectuada la subrogación pretendida"; ALFERILLO, *Reflexiones...*, "la subrogación legal o convencional traspasa al nuevo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores con algunas limitaciones específicas, todos los derechos y acciones".

2.4.2. El subrogado conserva acción propia contra el deudor por causa del pago. Tiene una doble acción no para obtener dos veces sino para escoger reembolso.

2.4.3. El subrogado sólo puede recobrar su crédito hasta el monto del reembolso por el efectuado. Se distingue entre reembolso íntegro en caso de pago total o el supuesto de reembolso parcial. En tal caso el problema radica si hay varios coobligados.

Prevé el artículo 1301 del CC "*La subrogación establecida en los artículos precedentes ha lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores. El acreedor a quien se ha pagado en parte y quien le ha hecho el pago parcial, concurren juntos para hacer valer sus derechos, en proporción de lo que se les debe*".

Ahora bien, el *solvens*, esto es, el que ha pagado no se subroga sino en la medida de lo que ha pagado. Los deudores solidarios e indivisibles y los fiadores que pagan toda la deuda, no se subrogan frente a sus codeudores o a sus fiadores sino en la medida en que no estén obligados personalmente. Sólo pueden proceder por la parte que le corresponde a cada uno como indica el artículo 1238[45] del CC para evitar recursos sucesivos. El que se subroga conserva acción personal contra el deudor por causa del pago, que pudiera fundarse en múltiples razones o fuentes (mandato, préstamo, gestión de negocios, enriquecimiento sin causa), por lo que tendrá que escoger que le resultará más conveniente: si actuar por vía de la subrogación o por vía de la acción personal, pues no son acumulables.

2.5. *Subrogación y acción de regreso*[46]

La subrogación y la acción de regreso tienen funciones afines según explica Mélich Orsini. La subrogación transmite al subrogado los derechos del acreedor original con sus accesorios[47]. El derecho de regreso es un nuevo derecho que surge en cabeza del *solvens* como consecuencia del pago hecho por él; mientras que el subrogado adquiere el mismo derecho que correspondería al acreedor[48]. Por ejemplo, se aprovecha el acreedor de garantías y prescripción. No se pueden invocar varios remedios, se ha de escoger uno, pues no cabe acumularlos.

---

[45] "*El codeudor solidario que ha pagado la deuda íntegra, no puede repetir de los demás codeudores sino por la parte de cada uno. Si alguno de ellos estaba insolvente, la pérdida ocasionada por su insolvencia se distribuye por contribución entre todos los codeudores solventes, inclusive el que ha hecho el pago*".

[46] Véase: Mélich Orsini, *El pago...*, pp. 181-185.

[47] Véase: *ibid.*, p. 201.

[48] Véase: *ibid.*, p. 182.

2.6. *Diferencia entre cesión de créditos con pago con subrogación*[49]
Vale indicar que un sector de la doctrina deja claro la dificultad que presenta la distinción a nivel teórico[50]. "La subrogación supone una modificación en la relación obligatoria por la que un tercero sustituye al acreedor en su posición jurídica. La diferencia existente respecto de la cesión de créditos se encuentra sobre todo en su distinta función normativa. La cesión es un instrumento idóneo para realizar el interés económico de la circulación del crédito, considerado como bien patrimonial objeto de tráfico jurídico. En cambio, la subrogación se presenta como un cauce apropiado para recuperar por vía de regreso el interés del subrogado, dada una situación antecedente en la que éste ha satisfecho un desembolso patrimonial a favor del acreedor. Sin embargo, hay que reconocer la dificultad de perfilar la distinción entre la cesión de crédito y la subrogación convencional"[51].

La doctrina refiere las siguientes diferencias entre ambas figuras:

*El pago con subrogación es solo hasta concurrencia del monto de pago y no por el excedente (el cesionario del crédito se sustituye por el importe completo del mismo en tanto que en el pago con subrogación sólo por lo pagado).

*El tercero subrogado tiene acción propia y también original contra el deudor; si es por voluntad del deudor no precisa consentimiento del acreedor (CC, art. 1299)[52].

*La cesión de créditos requiere notificación al deudor en tanto que el pago con subrogación no.

*La cesión de créditos precisa consentimiento del acreedor mientras que la subrogación puede hacerse aun en contra de la voluntad del acreedor.

*En la cesión de créditos el monto del crédito es el mismo que antes de dicha cesión aunque se pague más de la acreencia, en la subrogación no se puede demandar al deudor sino por el monto de la cantidad pagada.

*La cesión de créditos es una especie de venta y por tal el cedente está obligado a garantizar la existencia de la cesión mientras que el acreedor subrogado no garantiza nada.

En cuanto a su origen, el pago con subrogación puede ser *legal* o *convencional* y la cesión de créditos solo *convencional.*

---

[49] Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 360 y 361, en ninguno de los dos supuestos se extingue la deuda y en ambos casos hay traslación de un crédito de un patrimonio a otro, por ello es fácil confundirlos; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 315.

[50] Martínez de Aguirre, *ob. cit.*, p. 17, aunque las diferencias derivan de su función económica y el interés protegido en uno y otro caso. La cesión existe para la circulación del crédito. La cesión se realiza a favor del subrogado con un sentido de recuperación.

[51] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 198.

[52] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 361.

3. Dación en pago[53]

3.1. *Noción*[54]

La dación en pago se presenta como un medio de extinción de las obligaciones[55] que produce directamente y de pleno derecho la extinción de la obligación, como lo hubiera hecho el pago mismo[56].

Es el modo de extinción de las obligaciones más olvidado y menos tratado por la doctrina jurídica venezolana[57]. Algunos autores patrios, sin embargo, tratan la figura en el tema del "pago"[58], que es el modo natural, ordinario y por antonomasia de extinción de las obligaciones, toda vez que el pago es sinónimo de cumplimiento, más precisamente de "cumplimiento voluntario". Se afirma que la dación en pago es una modalidad[59] o forma especial

---

[53] Este tema fue inicialmente publicado bajo el título "*la dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento*". En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 4, Caracas, 2014, pp. 15-55.

[54] Véase: Alid Zoppi, Pedro: *La dación en pago*. En: Actualidad Jurídica Año 1 Nº 2. Caracas, marzo-abril, 1989, pp. 7-9; Belinchón Romo, María Raquel: *Nociones generales sobre la dación en pago*, Prof. Titular del CES Felipe II de Aranjuez, Univ. Complutense de Madrid, pp. 1-16, http://www.cesfelipesegundo.com/revista/.../Belinch_n_Romo_corregido.pdf ; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: *La dación en pago*, Lima, 2000, http://www.castillofreyre.com/articulos/la_**dacion_en_pago.pdf**; Moisset de Espanés, Luis: *La dación en pago. Estudio de Derecho peruano y comparado*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-11, www.acaderc.org.ar ; Ledesma, José de Jesús: *La dación en pago. Del Derecho Romano al Derecho actual*. Prof de la IUA y de la UNAM, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/9/pr/pr14.**pdf**; Marín Martínez, Álvaro: *La dación en pago con efectos extintivos en la ejecución hipotecaria*. Universidad de la Rioja. Trabajo fin de grado. Servicios de Publicaciones, 2013, http://biblioteca.uni**rioja**.es/tfe_e/TFE000235.pdf ; Cristóbal Montes, Ángel: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 155-176; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 326-328; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 48-53; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 506; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 251-253; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 131-133; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 396-402; Lasarte, *Derecho...*, pp. 119-121; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 633-647; Sánchez Cid, *ob. cit.*, pp. 273 y 274; O´Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, , pp. 449 y 450; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 80 y 81; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 177-184; Larenz, *ob. cit.*, pp. 418-420; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 125 y 126; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 148-153; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 176-178; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 253-256; Giorgi, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Madrid, Editorial Reus S.A. 1930, Vol. VII, Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, pp. 343-363; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 368-371; Manterola Domínguez, Pablo: *La dación en pago: elementos y propuesta de calificación jurídica*. En: Revista Jurídica Ars Boni et Aequi Año 11, Nº 1, Chile, Universidad Bernardo O' Higgins, junio 2015, pp. 101-135.

[55] Domínguez Guillén, *La obligación negativa...*, p. 120.

[56] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 506.

[57] Véase también: Ledesma, *ob. cit.*, p. 418, los civilistas se preocupan poco por el estudio de la dación en pago; Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 1, la dación en pago constituye una institución jurídica importante en la práctica, al tiempo que olvidada por parte de la doctrina científica; Giorgi, *ob. cit.*, p. 343, se ha estimado por los modernos merecedora de tan poca consideración.

[58] Véase refiriendo la dación en pago no dentro de los modos de extinción sino a propósito del tema "*El pago*": Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 326-328; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 48-53, Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 251-253; Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 396, "Es una modalidad del pago"; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 149, considero que la dación en pago produce un verdadero pago (es decir, es una variante –por cambiar la prestación– del mismo).

[59] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 450.

de pago[60]. Y así, la tesis de la "modalidad de pago"[61] es considerada por algunos para explicar la naturaleza del instituto en comentarios[62].

Sin embargo, otros rechazan tal criterio pues "la dación en pago es un acto que requiere necesariamente el consentimiento del acreedor, en cambio que el pago no requiere ese consentimiento"[63], toda vez que la dación en pago es ajena "al problema de los mecanismos unilaterales que permiten la incondicionada liberación del deudor"[64]. Aunque lo cierto, es que la sola denominación de la figura denota su vinculación al "pago", pero desatendiendo el principio de la identidad por consensuada voluntad de las partes. De allí que el tema se asocie inevitablemente al "pago".

Denominada antiguamente "*datio pro soluto*" acontece ante la dificultad de cumplir el programa inicial de la obligación[65]. Es posible que las partes convengan, a *posteriori*, que el fin de la obligación se logre de una manera distinta a la inicialmente programada y convenida mediante la ejecución de una prestación diferente a la debida[66]. Esto es, simplemente configura el pago consensuado con una prestación diversa a la inicialmente asumida con el exclusivo objeto de ponerle fin a la relación obligatoria.

El deudor "paga" mediante una prestación distinta a la originalmente pactada con la aquiescencia del acreedor. La dación en pago se presenta pues, como una forma de dar cumplimiento a la obligación a través de una prestación diferente a la inicialmente debida, por voluntad de las partes (acreedor y deudor) y que tiene el radical efecto de extinguir la obligación[67].

"La dación en pago se puede definir como un subrogado del cumplimiento[68] que implica la existencia de un medio extintivo de las obligaciones

---

[60] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8; Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 396, "es una modalidad del pago".

[61] Véase: Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 441-505, incluye entre las formas especiales de pago: la imputación, la consignación, el pago por cesión, el pago por subrogación y la "dación en pago".

[62] Véase: Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 639 y 640, el autor sin embargo lo considera una figura autónoma; Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 19.

[63] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 327; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, http://zulia.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML .

[64] Mélich Orsini, *El pago...*, p. 19, el autor no estudia la "*dación en pago*" en la citada obra del pago, sí como tampoco la considera en su obra *Modos de extinción de las obligaciones.*

[65] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 131.

[66] Lete del Río, *ob. cit.*, Vol. I, p. 112.

[67] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, p. 344; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*,p. 180; Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 119; Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 396; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 48; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 326; Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 16; Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 155.

[68] Véase: Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 2; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 177; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 20-5-09, Exp. 17.441, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/390-20-17441-.html "es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación o lo que se conoce por la doctrina actual con el nombre de <<subrogado del cumplimiento>>".

consistente en que, llegado el momento de cumplimento de la obligación, el deudor ofrece al acreedor –y este acepta de aquel– la realización de una prestación distinta de la inicialmente pactada, de modo que, cuando el deudor la realice, la operación efectuada se considerará perfeccionada, con los consiguientes efectos que le son propios, esto es, la extinción de la obligación y, en consecuencia, la liberación del deudor así como la satisfacción de los intereses crediticios"[69].

La dación en pago atiende pues al interés del acreedor y a la función satisfactiva del pago: si el acreedor se da por satisfecho y estima suficiente una prestación distinta a la debida, *allá él*[70]. "Por su idoneidad, la dación en pago puede ser considerada como un medio no ideal de pago, porque supone una desviación del destino natural de la obligación originaria, cual es el cumplimiento de lo debido inicialmente, en la medida en que a través de la dación en pago se cumple con una prestación distinta a la originalmente debida"[71].

Se presenta así como una forma supletoria de cumplimiento[72], perfectamente lícita, posible y frecuente[73]. Se deriva de la definición que la alteración de la prestación inicialmente debida igualmente exige la autorización expresa del deudor[74]. De allí que entre los requisitos de la figura se aluda a "consentimiento"[75], obviamente tanto del acreedor como del deudor; partes igualmente relevantes de la relación obligatoria.

Es pues, una institución en virtud de la cual el deudor "da" (y de allí su denominación) al acreedor una cosa o prestación distinta a la debida extinguiéndose la obligación. Se trata a decir de Alid Zoppi simplemente de dar algo para pagar una deuda, entregar una cosa en pago de lo que era la debida[76]. Supone el pago con una prestación distinta a la originalmente pactada, generalmente a través de la entrega de una cosa, pero bien pudiera –según indicamos– tratarse de una prestación de hacer o inclusive de no hacer. Por lo que si bien algunos se refieren a la dación en pago como la trasferencia del dominio de una cosa o derecho[77], no siempre consiste

---

69 Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 2.

70 Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 100 (destacado original).

71 Osterling Parodi y Castillo Freyre, *La dación...*, p. 3.

72 Ghersi, *ob. cit.*, p. 472.

73 Lasarte, *Derecho...*, p. 120.

74 Ledesma, *ob. cit.*, p. 424.

75 Véase *infra* Nº 3 de este mismo tema.

76 Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 7.

77 Véase: *ibid.*, pp. 7 y 8, la define como entregar una "cosa" en pago de la que era la debida. No solo puede darse en pago bienes materiales sino cualquier otro derecho como acreencias, acciones, valores, etc.; Urdaneta Fontiveros, Enrique: *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil Venezolano).* Caracas, Ediciones Liber, 2006, p. 124, el autor estudia la figura a propósito del retracto legal del artículo 1546 del CC; Giorgi, *ob. cit.*, p. 349, en la manera ordinaria de hablar los juristas han entendido siempre por dación en pago la prestación de una cosa material, excluyendo por tanto el *facere*.

en un dar sino también en la ejecución de un hecho o de una *abstención (factum pro facto, pro re, pro pecunia)*[78]. Ello a pesar que la figura sea típica o característica de obligaciones de dinero[79] pero indicamos que aplica a cualquier especie de prestación.

Le ha faltado hasta un nombre propio en el vocabulario jurídico[80]. Y su denominación no refleja su verdadero alcance. Así pues, la institución en estudio es más amplia de lo que su expresión tradicional indica pues se puede dar en pago una cosa o transmitir un derecho, pero también una prestación de hacer o una prestación negativa, distinta a la debida[81]. En otras legislaciones se alude al instituto como "pago por entrega de bienes"[82], pero tal término igualmente resulta insuficiente porque se limita a una especie de obligación. Por ello podría denominarse más propia y ampliamente "prestación" en pago, pues aquella no se reduce a un dar. Y al efecto Belichón ve más correcta la denominación que utiliza el derecho italiano para referirse a la dación en pago, esto es, *prestazione in luogo dell'ademplimento,* o lo que es lo mismo, "prestación en lugar del cumplimiento"[83]. En todo caso hemos reiterado a propósito de las denominaciones que "el nombre no hace al concepto"[84].

La dación en pago no está expresamente consagrada en el Código Civil dentro de los modos extintivos de las obligaciones[85] pero se deriva de su texto al presentarse como una excepción al principio de la identidad del pago[86] por aplicación de la autonomía de la voluntad[87].

Pero ciertamente, su posibilidad se desprende del artículo 1290 CC[88] que dispone: "*No puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la*

[78] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 400.

[79] Véase: Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8, la dación en pago es usual en deudas de dinero, pues si el deudor no dispone de numerario o efectivo es posible que para saldar su obligación de en pago un bien mueble o inmueble; es útil en épocas de crisis y falta de liquidez pues con ella se obvian procedimientos judiciales y gastos, pues es mejor aceptar un bien que acudir a juicio.

[80] Giorgi, *ob. cit.*, p. 343.

[81] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 151.

[82] Véase: Moisset de Espanés, Luis: *Curso de Obligaciones***.** Buenos Aires, Zavalia, 2004, T. III, p. 39.

[83] Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 2; Cristóbal Montes, *El pago...,* p. 155, refiere que tal denominación se utiliza también en el Derecho alemán.

[84] Véase: Coriolano, *ob. cit.*

[85] Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-6-10, Exp. AP21-L-2009-002983, http://caracas.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/.../2053-18-AP21-L-2009-002983-.HTML " la Dación en Pago, constituye uno de los modos de extinción de las obligaciones que no aparecen recogidos en el artículo 1156 del Código Civil, aun cuando debiese ser recogido, pues con ello se pondría fin a muchas de las cuestiones controvertidas que la dación en pago plantea".

[86] Véase en sentido contrario, considerando que la dación en pago no constituye excepción a dicho principio por tener un efecto novatorio: Wayar, *ob. cit.,* Vol. I, pp. 367 y 368.

[87] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 149; Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 14; Cristóbal Montes, *El pago...,* p. 155.

[88] Véase: Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 7, su posibilidad es contemplada indirectamente por el legislador venezolano en el artículo 1290 CC.

que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquélla". Ello amén del artículo 1834[89] *eiusdem*. De ello se deriva que el acreedor bien puede aceptar una prestación distinta aun cuando el valor sea inferior, igual o superior. Sin que en este último caso pueda pretenderse alegar enriquecimiento sin causa, pues la propia ley permite implícitamente la figura de la dación en pago, como una aplicación de la autonomía de la voluntad que pone fin a la relación jurídica obligatoria.

Por lo que se puede afirmar que al igual que en otros países la figura "carece de reglamentación"[90], aunque las citadas normas aluden a la misma. Sin embargo, al margen de su consagración expresa dentro de los modos extintivos de la relación obligatoria, si el acreedor acepta que su deudor le entregue (*datio*) una cosa distinta de la debida como medio o forma de pago que extinga el derecho de crédito, que tenga frente a él, estamos ante la figura en estudio[91]. De allí que se pretenda calificar como un modo de extinción "atípico" de las obligaciones[92], toda vez que si bien no está expresamente previsto en los medios extintivos de las obligaciones, su procedencia resulta jurídicamente válida como variante del pago.

Y así la ley civil reconoce dicha liberación cuando, mediando acuerdo de los contratantes, el deudor ejecuta –en pago de lo que debe– una prestación distinta a la originalmente pactada. Bajo esta perspectiva, la dación en pago es el medio extintivo de obligaciones por ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda.[93] La dación en pago considerada como una convención lograda entre las partes, deriva de la necesidad de facilitar el pago del deudor. Es fácil comprender que en muchas ocasiones por razón del comercio jurídico el acreedor haya preferido recibir algo distinto a ruego del deudor, a tener que acudir ante los tribunales o correr el riesgo de insolvencia. Sin excluir que sea el propio acreedor quien proponga la figura[94]. La dación en pago no es un medio normal de cumplir, pero al menos sirve para evitar litigios y conciliar los intereses contrapuestos de acreedor y deudor. De todas maneras, empleada con prudencia y sin abuso la dación en pago cumple –desde la antigua Roma– una función social y su uso no ha decaído, no obstante los inconvenientes, dificultades y problemas que ofrece[95].

Vale citar que la dación en pago supone una opción *a posteriori*, a falta de cumplimiento de la obligación original. Y por tal difiere del caso en

---

[89] "*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*".

[90] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, p. 634; Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 273, no regulada por el Código Civil aunque sí se hace eco de ella.

[91] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 273.

[92] Véase: Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 12, "modo de extinción de las obligaciones de carácter atípico".

[93] Osterling Parodi y Castillo Freyre, *La dación*...

[94] Ledesma, *ob. cit.*, p. 423.

[95] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 9.

que ha sido pactado previamente la posibilidad de un pago con prestación diversa bajo la figura de la obligación facultativa[96]. En tal sentido, indica la doctrina: "En efecto, por existir una prestación *in facultate solutionis*, el deudor de una obligación facultativa puede satisfacer el cumplimiento de la obligación originaria con la ejecución de otra prestación distinta. De allí que la dación en pago pretende asimilarse, en algunas ocasiones, a las obligaciones facultativas. Esta concepción, sin embargo, es errónea, ya que en la dación en pago acreedor y deudor no convienen, al tiempo del nacimiento de la obligación, en otorgar al deudor facultad de sustitución en el objeto de pago. La facultad de sustitución –considera Barchi Velaochaga– implica la posibilidad del deudor de modificar el objeto de la relación obligatoria. Tal posibilidad ha sido previamente establecida por las partes como un derecho potestativo del deudor. En la dación en pago, en cambio, las partes no han previsto una prestación «sustitutoria».[97]

No hay dación en pago tampoco en la obligación alternativa en que existe pluralidad de objetos debidos[98]. Por lo que se diferencia la figura de las obligaciones alternativas y facultativas en que en estas se ha previsto desde su nacimiento una pluralidad de objetos[99]. De tal suerte, que la dación en pago constituye una opción de cumplimiento distinta a la originalmente pactada que acaece en un momento posterior al término de la obligación y no al nacimiento de la relación obligatoria a diferencia de la obligación facultativa e inclusive de la alternativa. Su posibilidad genéricamente no tiene en modo alguno que haber sido prevista en el contrato porque se presenta como una simple y eventual manifestación de la autonomía de la voluntad al momento en que la obligación es exigible.

Por otra parte, dado que la figura supone una excepción al principio de la *identidad*[100] del pago, según el cual la prestación cumplida debe ser exactamente igual a la debida, puede igualmente por consecuencia también constituir una excepción al principio de la *integridad* del pago, según el cual éste ha de ser completo. Ello toda vez que el instituto supone un "pago" diferente, esto es una prestación distinta a la inicialmente debida, por lo que en ocasiones no coincidirá necesariamente con su valor integral, pudiendo inclusive exceder del mismo.

Al efecto se indica: "Del artículo 1290 del Código Civil se desprende que no importa el valor del bien o bienes dados en pago y hasta puede ser superior al monto de la deuda, pues, precisamente, la dación en pago implica

---

[96] Véase *supra* tema 5.1.5.

[97] Véase: OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*

[98] OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 400 y 401; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 23 y 24; *supra* tema 5.1.5.

[99] LEDESMA, *ob. cit.*, p. 419; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 24 y 25.

[100] Véase: O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 450; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 80; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 729, el acreedor conserva el derecho a rechazar una sustitución del objeto del pago. Sin embargo, puede aceptar otra cosa diferente a la que les es debida.

un cumplimiento por equivalente, sin que el valor de lo entregado deba necesariamente corresponder a lo debido. En efecto, todo pago supone una deuda (artículo 1178 del Código civil); de manera que lo que se paga de más está sujeto a repetición; pero si se trata de una dación en pago no hay lugar a exigir que el acreedor devuelva la diferencia, si la hubiere, pues quien hace una dación en pago está consciente de que entrega algo distinto independientemente de su valor. Correlativamente, el acreedor que reciba en pago un bien que vale menos de la deuda, nada puede reclamar de su deudor, salvo pacto en contrario"[101].

Cabe concluir así que la identidad e integridad del pago no es óbice para la procedencia de la extinción de la obligación mediante una prestación contraria a la original si la voluntad de las partes así lo disponen. Esto, pues la dación en pago supone una renuncia del acreedor a la protección que le brinda el artículo 1264 del CC, que dispone que "las obligaciones deben cumplirse *exactamente* como han sido contraídas", pues aceptó el cambio introducido por el deudor al momento del pago[102]. "Todo pago supone una deuda"[103] y precisamente el pago por dación cancela la deuda preexistente pero con una prestación diferente.

Mediante la *datio in solutum* puede extinguirse todo tipo de obligaciones con indiferencia de su origen sea negocial, legal o hecho ilícito, porque es evidente que la finalidad de la misma se enrumba a facilitar con la aquiescencia de los acreedores la satisfacción de los créditos, se presenta como deseable en cualquier especie de vínculo obligatorio, siempre, como es natural, que la entrega de la prestación distinta de la debida sea aceptada por el acreedor "en lugar del pago[104].

3.2. *Antecedentes*[105]

Para algunos surge sobre las huellas quizás incompletas de la legislación romana[106]. La dación en pago se origina históricamente cuando un derecho claramente desarrollado en su dogmática como lo fue el Derecho Romano[107] reconoce poder jurídico modificador del orden interpersonal a la voluntad humana. Se requirió la introducción del circulante monetario que generó la verdadera hipótesis de aparición socio-jurídica de la dación en pago.[108] Los jurisconsultos romanos concibieron la figura con el alcance restringido

---

[101] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8.

[102] Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 156.

[103] Véase art. 1178 del CC a propósito del pago de lo indebido.

[104] *Ídem.*

[105] Véase sobre su origen y evolución: Marín Martínez, *ob. cit.*, pp. 9-15.

[106] Giorgi, *ob. cit.*, p. 343.

[107] Véase a propósito del instituto en el Derecho romano: Marín Martínez, *ob. cit.*, *ob. cit.*, pp. 9-12; Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 156 y 157; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 49, el Derecho romano justinianeo contempló con relativa amplitud la figura

[108] Ledesma, *ob. cit.*, pp. 418 y 419; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 49.

que denota el nombre; cuando el deudor transfería al acreedor la propiedad de una cosa corporal para pagarle una obligación de dinero[109]. Y así a propósito del pago en las Institutas se indica que si bien el acreedor no estaba obligado a aceptar el pago de un objeto distinto, ello no implicaba que estuviere vedado que lo aceptase en forma voluntaria produciéndose el supuesto de la dación en pago o *datio in solutum*[110].

La doctrina post-romana amplió el campo de la figura dando eficacia al pago con una prestación distinta a la debida (por ejemplo, la tradición de una cosa en vez de un hecho o una abstención)[111]. Hoy en día, se admite que la dación en pago de una prestación distinta a la originalmente debida para extinguir una obligación no necesariamente ha de consistir en un "dar" sino que también puede configurarse en una obligación positiva de hacer[112], e inclusive en una prestación negativa[113].

Algunos códigos foráneos prevén expresamente la figura como es el caso del portugués, italiano[114] y alemán[115]. El Código Civil venezolano no la contempla expresamente dentro de los modos extintivos de las obligaciones pero según indicamos se deduce de sus artículos 1290 y 1834, constituyendo una clara manifestación del principio de la autonomía de la voluntad en materia de Obligaciones.

3.3. *Naturaleza*[116]

Algunos la consideran una modalidad de pago[117] que constituye una excepción al principio de la identidad del pago. Para los Mazeaud no deja de ser "un pago muy particular"[118]. Y así para la doctrina francesa se presenta como "una variedad del pago"[119]. También se le ha tratado de confundir

---

[109] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 396.

[110] Álvarez, Tulio Alberto: *Las institutas de Justiniano II-Obligaciones.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello/ Universidad Monteávila, 2012, p. 229 (el autor refiere la figura a propósito del "pago").

[111] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 397.

[112] Véase: Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 100; Ledesma, *ob. cit.*, p. 420.

[113] Véase: Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 253.

[114] Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 14.

[115] Véase: Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 155.

[116] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, pp. 350-352; Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 158-169; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 327 y 328; Belinchón Romo, *ob. cit.*, pp. 13 y 14; Manterola Domínguez, *ob. cit.*, pp. 118-131; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 254 y 255; Marín Martínez, *ob. cit.*, pp. 16-20; Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-6-10, Exp. AP21-L-2009-002983, http://caracas.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/.../2053-18-AP21-L-2009-002983-.HTML.

[117] Véase según indicamos tratándola dentro del tema del pago: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 48-53. Aunque el autor concluye siguiendo a Cristóbal Montes que constituye un contrato a título oneroso conformado por dos elementos concurrentes simultáneamente, por un lado el acuerdo de los interesados respecto de la prestación debida y por otro la ejecución de la nueva (*ibid.*, p. 51); Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 273, se trata de una modalidad o variante del pago.

[118] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 181.

[119] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p.703, que deroga el principio de la identidad del pago si hay consentimiento.

con la novación[120], la compraventa[121] y la permuta[122]. O en todo caso aplicarle la respectiva regulación de cada una de éstas[123]. Pero, ciertamente se presentan diferencias sustanciales. En cuanto a su naturaleza jurídica, es interesante la polémica doctrinal estimando que se asimila a la compraventa (Domat y Pothier) en la que el crédito sería el precio de la misma. Pero refiere Bernad Mainar que no siempre son idénticas las consecuencias jurídicas entre la compraventa y la dación en pago, ni tampoco coincide la voluntad de las partes en ambas operaciones, pues mientras la compraventa pretende crear un vínculo jurídico obligatorio, la dación en pago tiende precisamente a lo contrario: a su extinción definitiva[124]. Alid Zoppi agrega que no se asimila a la venta porque no se trata de transferir la propiedad de un bien a cambio del precio que paga al comprador, sino de poner fin a una deuda preexistente. Y menos se asemeja a la permuta, porque no hay intercambio de bienes[125].

Otros consideran que se trata de una novación objetiva, a lo que se observa que ni el deudor que da en pago ni el acreedor que lo recibe pretenden crear un nuevo crédito para extinguir el primitivo (*animus novandi*), sino que su voluntad se orienta directamente a extinguir el crédito anterior mediante una prestación distinta a la debida, que para el acreedor tiene la misma eficacia en el cumplimiento que tenía la antigua prestación, y es que la precedente obligación nunca es sustituida por otra, sino que simplemente desaparece cuando es sustituido el objeto debido en el momento del pago y el acreedor acepta la diferente prestación que le ofrece el deudor *pro soluto* –de modo diverso al cumplimiento– y no *pro solvendo*, es decir, en la forma de cumplimiento convenido originalmente[126].

Y en efecto, la figura no se parece a la novación porque en ésta el deudor contrae una nueva obligación en sustitución de la anterior, mientras que en la dación en pago el deudor de una vez cumple por equivalente la obligación

---

[120] Véase: Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 160 y 161; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 327; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 638 y 639; Marín Martínez, *ob. cit.*, pp. 17 y 18; Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 7; Osterling Parodi y Castillo Freyre, *La dación...*, "...en opinión nuestra la dación en pago no es una figura que tenga autonomía conceptual. Se trata, simple y llanamente, de un caso de novación objetiva".

[121] Véase: Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 158-160; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 328; Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 120; Marín Martínez, *ob. cit.*, pp. 16 y 17; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 636-638; Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 506.

[122] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, pp. 350 y 351; Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 328.

[123] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 20-5-09, Exp. 17.441, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/390-20-17441-.html en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago, una posición ya superada asimila la figura al contrato de compraventa... se fundamenta en la necesidad de que se responda frente al adquirente por los vicios o defectos ocultos o por evicción del bien dado en pago".

[124] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 49 y 50.

[125] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8.

[126] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 50.

que tenía y no nace una nueva[127]. No acontece en la figura bajo análisis un efecto novatorio sino extintivo asimilable al pago. Para Cristóbal Montes pretender explicar la figura por la novación constituye una típica fantasía teórica pues si se tratara de ésta haría falta que las partes declaren claramente su propósito de extinguir la vieja obligación para dar paso a la nueva[128].

No ha faltado quien viéndola próxima a la novación, vea en ella una "modificación objetiva" que deviene en una obligación facultativa[129].

Finalmente algunos ven en la dación en pago una institución compleja, mixta o ecléctica, que participaría de caracteres comunes entre distintos institutos civiles[130], como la permuta, la compraventa y la novación objetiva, por presentarse como una faceta del pago. Sin embargo, esta fusión presenta el inconveniente de que no pueden coexistir entre sí y menos configurarse en una unidad superior por ser excluyentes, porque de admitirse tal construcción jurídica estaríamos en presencia de un verdadero *monstrum iuris*[131], pues tendría simultáneamente tres aspectos o caras totalmente distintas. Incluso, se ha planteado la posibilidad de un contrato real atípico pero se trata de una tesis que difícilmente puede escapar del influjo de la novación[132]. Por lo que ver la figura como una mezcla de pago, novación y venta, lejos de facilitar su estudio lo complica extraordinariamente[133]. Amén que la prestación no necesariamente debe recaer sobre una cosa. Los autores modernos consideran que la dación en pago no admite explicaciones tomadas de otras instituciones como la compraventa, permuta, novación y compensación pues la figura se ubica en el pago en general, por lo que mientras no se legisle al respecto los problemas que suscite deben ser resueltos conformes a las reglas y principios del pago en general[134].

Sin embargo, con base a todo lo indicado podría concluirse que se trata de una institución autónoma que si bien presenta semejanzas con las demás, no se confunde en sí misma con ellas[135]. Se cita entre las tesis que explican su naturaleza también aquella que indica que del valor y

---

[127] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 255; Ledesma, *ob. cit.*, p. 419, es un fenómeno que se origina con motivo del pago y que debe distinguirse pulcramente de la novación por cambio de objeto. Tratándose de la novación estrictamente hablando no existe pago de la primera obligación.

[128] Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 164 y 165.

[129] Manterola Domínguez, *ob. cit.*, pp. 128-131.

[130] Véase: Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 161 y 162, refiere entre las opciones que pretenden explicar su naturaleza el "acto complejo"; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 51.

[131] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, p. 351; Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 397, nota 65.

[132] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 51.

[133] Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 165.

[134] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 398.

[135] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 640 y 641; Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 20; Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 11.

significado que se le otorgue al convenio extintivo dependerá la naturaleza jurídica de la figura[136].

Vista que la dación en pago se define como un acuerdo, entre acreedor y deudor, en el que se cumple con un objeto distinto al debido[137], para algunos la figura responde a la de un convenio *solutorio* que modifica la obligación existente y en donde el acreedor tiene derecho a exigir el pago de lo convenido en sustitución de la prestación inicialmente programada y el deudor el deber de prestarla con la correspondiente perspectiva de su liberación[138]. Calificada también como "negocio atípico"[139] o más precisamente se trataría de un convenio extintivo de la obligación preexistente[140], por lo que algunos consideran al "*contrato*" para explicar su naturaleza[141]. Aunque la amplitud del contrato que efectivamente incluye la extinción de un vínculo jurídico de conformidad con el artículo 1133 del Código Civil no parece ser la más idónea para aproximarnos a la naturaleza de la dación en pago.

En nuestra opinión la figura constituye un medio extintivo de las obligaciones que si bien presenta características propias, se erige como derivado del *iter* final hacia el pago o más bien ante el fracaso de éste, pero siempre con proyección del consentimiento de las partes. La prestación en lugar de cumplimiento o dación en pago constituye una figura en definitiva de notable incidencia en las relaciones obligatorias, pues ciertamente al acreedor en principio, más le conviene recibir una prestación distinta a la originaria que a acudir a la jurisdicción en caso de incumplimiento. Por lo que representa una indudable importancia práctica pues ahorra eventuales litigios.

La dación en pago se ubica a la par de la compensación en los medios extintivos de la obligación que satisfacen al acreedor[142]. Pero cabe indicar que el único medio verdaderamente satisfactivo de la obligación es el pago, por los que otras variantes cercanas siempre podrán ser cuestionadas y de ser así carecería de sentido una clasificación que logre la satisfacción del acreedor. Pero si se compara la situación del acreedor cuyo derecho se ha extinguido por "prescripción" con aquel respecto del que ha acontecido la dación en pago y de alguna manera obtuvo una prestación a su favor aunque diferente a la esperada y pactada, se entenderá la diferencia en la clasificación.

---

[136] Véase: Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 162 y 163, cita la construcción de "Fernández Novoa".

[137] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, p. 633.

[138] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 126.

[139] Véase: Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 100.

[140] Diez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 181.

[141] Marín Martínez, *ob. cit.*, pp. 18 y 19, la dación en pago, algunos la equiparan a un contrato; Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 161, cita a Espín Cánovas para quien se trata de un *contrato extintivo*; Lagrange, *Apuntes...* la dación en pago es un "contrato solutorio" porque es un contrato a poner fin a la relación obligatoria. Ello está implícito en el artículo 1133 del CC.

[142] Véase: Ferrer de San-Segundo, *La obligación negativa...*, p. 165-168 incluye la dación en pago y la compensación.

Como la *datio* constituye una figura autónoma, independiente y atípica desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico civil, resulta necesario atribuirle un régimen jurídico propio. Habida cuenta de que la *datio* se cataloga jurídicamente como un subrogado del cumplimiento, a ésta le deberemos aplicar las normas contenidas en el CC en materia de cumplimiento de las obligaciones, sin que por este motivo deba considerarse como un pago *strictu sensu*, sino un pago impropio con una prestación que no ha sido objeto de la obligación[143]. A falta de normativa específica y por ser una modalidad de pago con natural efecto extintivo de la obligación, han de regir efectivamente las normas relativas al cumplimiento voluntario o pago. Por último, por lo que al régimen jurídico aplicable a la *datio* se refiere también, habrá de considerarse la interpretación de la voluntad de las partes implicadas en la realización de esta operación jurídica[144]. Ello toda vez que estamos ante una manifestación válida de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, no ha faltado quien recomiende su inclusión expresa en el Código sustantivo al igual que otros ordenamientos a fin de contribuir al esclarecimiento de su naturaleza[145].

Algunos distinguen entre las clases de dación en pago: *necesaria*: sin concurso de voluntades de acreedor o deudor, por ejemplo la ejecución forzosa. Por contraposición a la *voluntaria*[146]. De allí que se ubica entre los medios voluntarios de extinción[147]. Es la que nos interesa en el presente estudio.

3.4. *Elementos o requisitos*[148]. Los requisitos o condiciones para que proceda la figura son: *Prestación dada con intención de pagar *La prestación dada debe ser diferente a la debida *Consentimiento *Capacidad de ambas

---

[143] BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, pp. 11 y 12.

[144] *Ibid.*, p. 12.

[145] Véase: *ibid.*, p. 14.

[146] Véase: GIORGI, *ob. cit.*, p. 344; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 325; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, http://zulia.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML ; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 18-2-07, Exp. 4744, http://cojedes.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2008/.../1532-18-4744-1141.HTML ; Juzgado Quinto Ejecutor de Medidas de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Losada, San Francisco, Mara, Páez y Almirante Padilla de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 7-6-11, Exp. 2.507-11, http://zulia.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2011/.../499-28-2.507-11-212-11.HTML.

[147] Véase: OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*

[148] Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 344-349; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327; Cristóbal MONTES, *El pago...*, pp. 169-171; BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, pp. 2-7; MANTEROLA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 106-117; ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 7; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 64; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 273 y 274; CALVO BACA, *ob. cit.*, p. 251; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 178; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 177; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 253 y 254; CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 100; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 399 y 400; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 48 y 49; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 20 y 21; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, http://zulia.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML *;* Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 18-2-07, Exp. 4744, http://cojedes.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2008/.../1532-18-4744-1141.HTML.

partes *Obligación vencida **Realización efectiva de la nueva prestación*. Se aprecian decisiones judiciales que admiten esta modalidad de extinción de las obligaciones inclusive en el curso de un proceso[149], indicando las citadas condiciones de procedencia. Veamos cada uno de los elementos.

3.4.1. *La prestación dada con la intención de pagar*[150]: La nueva prestación debe tener lugar con la absoluta intención de pagar y por ende extinguir la antigua obligación. De lo contrario no opera la figura en estudio. Esto es que se produzca la extinción de la obligación (*animus solvendi* con intención de extinguir la obligación existente). Se excluye las hipótesis en que se entregue una cosa, no para extinguir una obligación, sino para crear una obligación nueva. Tal como ocurre con cosas entregadas en depósito, comodato o mutuo, casos éstos que no constituyen daciones en pago[151].

3.4.2. *La prestación dada debe ser diferente a la originariamente debida*. Constituye pues elemento o requisito esencial de la dación en pago que la prestación por la que se extingue la relación obligatoria es formal o sustancialmente distinta a la inicialmente pactada. No existiendo así correspondencia en tal sentido con el programa inicial de la prestación. Según indicamos ello diverge de las figuras de las obligaciones alternativas, así como de las facultativas, en la que la opción con pago distinto existe *ab initio*. De allí que insistimos que se trata de otra prestación en lugar de la original o prestación en lugar de pago.

Según indicamos la prestación en la dación no se reduce a un "dar" no obstante su denominación[152], por lo que abarcará todo supuesto de transmisión de un derecho real, de crédito, *facere, non facere* y en general cualquier tipo de prestación con tal que sea *distinta* a la inicialmente debida[153]. Al efecto indica Giorgi a propósito de cuándo puede existir una prestación diferente: una cosa mueble o inmueble en lugar de otra o un hecho positivo o negativo en lugar de otro hecho o de otra cosa; un crédito para con el acreedor respecto de otra persona en lugar de la cosa o del dinero o del hecho debido[154]. La prestación originaria podrá ser positiva (de dar o de hacer) o negativa, así como también la prestación sustitutiva. Por ejemplo, la prestación originaria puede ser entregar una cantidad de

---

[149] Véase entre otras: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 30-5-12, Exp. 017, http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2012/mayo/1431-30-6017-.html; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 2-5-11, Exp. 15.828, http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/1125-2--.html ; Juzgado de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 13-8-12, Exp. 2011/12, http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2012/agosto/1539-13-2011-12-.html

[150] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, p. 345; Belinchón Romo, *ob. cit.*, p. 3.

[151] Giorgi, *ob. cit.*, p. 345; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 327.

[152] Véase *supra* Nº 1 de este tema.

[153] Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 157.

[154] Giorgi, *ob. cit.*, p. 345.

dinero y la prestación subrogada podría ser una prestación de hacer como pintar una casa. O la prestación originaria podría ser de hacer (pintar un cuadro) y se sustituye por una de dar una cantidad de dinero. Se admiten pues múltiples categorías o ejemplos de prestaciones.

Se afirma que la diversidad de la prestación recae en el tiempo, en el lugar o en las cualidades, sean sustanciales, sean accidentales de la prestación. En cuanto a si se trata de un género limitado, refiere acertadamente Giorgi que podrá no ser lo mismo un vino de Burdeos que un vino de Borgoña, y lo relevante entonces será la intención de las partes; habrá que indagar sobre la calidad debida según la índole de la obligación[155].

3.4.3. *El consentimiento*[156] es fundamental en la figura bajo análisis, pues surge por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, por ende deriva de la libre concurrencia de voluntades de acreedor y deudor; el primero hace excepción al principio de la identidad del pago y el segundo accede a ofrecer algo distinto a lo inicialmente debido.

Si la dación pretende una prestación sustitutiva es esencial el consentimiento de acreedor y deudor; la sola voluntad del último no basta[157]. Al faltar el requisito de la identidad del pago, tan sólo puede valer como tal mediando "acuerdo". Por tanto este debe ser resaltado destacando su naturaleza de negocio jurídico[158]. Se trata de un negocio jurídico por el cual el deudor da una prestación distinta que el acreedor acepta recibir[159]. Mal podría el deudor o el acreedor ser compelido: la dación que por esencia es voluntaria[160]. El consentimiento según la doctrina podrá ser expreso o tácito, verbal o escrito[161], aunque no está de más recomendar la opción escrita para diferenciarla claramente de la novación objetiva. A lo que habría que agregar que en aquellos casos en que la dación reclame formalidades o solemnidades éstas tendrán que cumplirse por lo que no cabría considerar una suerte de consentimiento tácito en tales casos.

De allí que se indique a propósito del consentimiento: "Así como se requiere el consentimiento del acreedor para recibir en pago otra cosa, es necesario el del deudor para la validez de la dación en pago. Por ejemplo, si el acreedor tiene en su poder una prenda no puede apropiarse de ella, sino

---

[155] *Ibid.*, p. 346.

[156] Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 21.

[157] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 401.

[158] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 450.

[159] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 177.

[160] Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-6-10, Exp. AP21-L-2009-002983, http://caracas.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/.../2053-18-AP21-L-2009-002983-.HTML "debe efectuarse la misma de manera voluntaria; y no como pretenden las partes que la entrega material de los bienes dados en dación de pago se haga de manera forzosa".

[161] Giorgi, *ob. cit.*, pp. 347 y 348; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 327.

que debe reclamar judicialmente la ejecución, salvo pues, que el deudor se la dé en pago; lo mismo sucede con una hipoteca; el acreedor hipotecario no puede pretender hacerse dueño del inmueble por el vencimiento del plazo y, cuando el deudor consienta darlo en pago, puede adquirir la propiedad; igual comentario tenemos para la anticresis, reserva de dominio y otras intenciones legales. En todos estos casos, el acreedor no puede, por sí y ante sí, hacerse pagar con la cosa, sino que a falta de voluntaria dación pago por el deudor, deberá acudir a la vía judicial correspondiente"[162]. Precisamente la dación en pago como opción legal de las partes *"a posteriori"* del nacimiento de la obligación, ha de ser debidamente diferenciada del *pacto comisorio* expresamente prohibido por la ley[163].

La autonomía de la voluntad constituye la pieza clave de la procedencia de la dación en pago. Dice el profesor Rams Albesa, que la dación en pago es "un supuesto más del triunfo de la autonomía de la voluntad sobre el incumplimiento puro y simple y el empleo de procedimientos destinados al cumplimiento forzoso"[164].

Se afirma que resulta importante tener presente el artículo 945 del Código de Comercio, según el cual cuando un comerciante debe dinero en efectivo, es nula la dación en pago de deudas de plazo vencido si la dación se hizo después de la época de la cesación de pagos de un comerciante en quiebra, o en días anteriores a la cesación[165]. Norma a su vez inspirada en el artículo 1940[166] del CC en materia de cesión de bienes, que se refiere a la nulidad de los pagos de deudas de plazo vencido no efectuadas en dinero o en papeles negociables después de producida una cesión de bienes o en los veinte días anteriores, con la circunstancia de que la "cesión de bienes" también denominada quiebra civil no es un procedimiento usual a diferencia de la quiebra. Con base a dicha norma Alid Zoppi sostiene que puede resultar

---

[162] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8.

[163] Véase: Domínguez Guillén, *Diccionario...*, p. 122; TSJ/SC, Sent. Nº 1444 del 14-8-08; TSJ/SC, Sent. Nº 431 del 13-3-07); CC, arts. 1844, 1858, 1878.

[164] Véase reseña del prologuista en: Bolinchón Romo, Ma Raquel: *La dación en pago en Derecho español y derecho comparado*. Madrid, Dykinson, 2012, www.dykinson.com/...**dacion-en-pago**...**derecho-espanol**...**derecho**.../978 (en lo sucesivo las citas de la autora corresponden a *"Nociones..."*).

[165] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 9, agrega que por ello en materia mercantil la dación en pago hay que mirarla con reserva y los acreedores no deben aceptar en pago bienes de un comerciante en estado de insolvencia. Por lo que la figura está limitada en materia mercantil en caso de comerciantes en estado de quiebra o de atraso, cuyas daciones estarían sujetas a nulidad, aun cuando se trate de obligaciones líquidas y exigibles al momento de la dación. Véase también en sentido semejante: Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, p. 647.

[166] *"Son nulos, y no surtirán efecto con respecto a los acreedores del concurso, los actos siguientes efectuados por el deudor después de la introducción de la cesión o en los veinte días precedentes a ella: La enajenación de bienes muebles o inmuebles a título gratuito. Con relación a las deudas contraídas antes del término indicado, los privilegios obtenidos dentro de él por razón de hipoteca convencional u otra causa. Los pagos de plazo no vencido. Los pagos de deudas de plazo vencido que no sean hechos en dinero o en papeles negociables. Las disposiciones de este artículo se entienden sin perjuicio de que se puedan atacar las enajenaciones hechas en fraude de acreedores dentro del término que este Código señala a tales acciones".*

sospechosa la dación en pago cuando el acreedor tiene otros acreedores que no son satisfechos ni encuentran bienes que embargar; por lo en caso de un no comerciante se cuenta con las acciones pauliana o la de simulación[167].

3.4.4. *Capacidad*: el tema de la capacidad es un tópico que forma parte de la teoría general del negocio jurídico y por ende, del contrato. De allí que para la validez de la dación en pago se precisa tener capacidad de obrar, esto es, la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia[168]. El acreedor debe ser capaz de recibir el pago y tratándose de un mandatario no es suficiente que esté facultado para recibir el pago de la prestación debida sino que también debe estarlo para aceptar la que se le ofrezca como sustitutiva de ésta[169]. Así como acontece en materia de transacción, el deudor o el acreedor que pretenda actuar a través de la figura de la representación voluntaria, precisa autorización expresa para efectuar un pago distinto o recibirlo[170]. Esto pues si se requiere autorización expresa para el pago pues también o con mayor para la figura de la dación en pago, toda vez que se vislumbra como una figura distinta al pago propiamente dicho según vimos al referirnos a su naturaleza.

Se afirma así que la dación en pago precisa de la capacidad para administrar y también para enajenar y no sólo de la primera. De manera que no todo mandatario para pagar o para recibir puede recibir una dación en pago sino que se precisa facultad explícita en el mandato en interés del acreedor y del deudor conjuntamente[171].

3.4.5. *Obligación vencida*: la dación en pago ha de tener lugar en el momento del vencimiento de la obligación[172]. Su realización en un tiempo anterior al pago nos coloca ante figuras distintas. Si el acuerdo de las partes se produce en otro momento de la vida de la obligación que no sea el de su vencimiento, ello supone un indicio para considerar que la operación que se realiza puede tratarse no de una dación en pago, sino, por ejemplo, de la configuración de una obligación con facultad alternativa o de una novación[173].

De allí que algunos autores incluyan entre los requisitos que se trate de una obligación vencida y exigible, por lo que la figura sólo tendrá lugar ante el incumplimiento de la obligación originaria y no mientras el cumplimien-

---

[167] ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 9.

[168] Véase *infra* tema 20.8.

[169] OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 402.

[170] Véase: OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*, De ahí que sea necesario, además de la concurrencia de los requisitos de validez del acto jurídico, poder especial para ese cometido, cuando es el representante del acreedor quien debe asentir la ejecución de una prestación diversa a la que se debe, o el representante del deudor si es él quien dispone el cumplimiento de una prestación distinta a la pactada".

[171] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327.

[172] BOLINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 3.

[173] *Ibid.*, p. 4.

to sea posible. Pues de darse un cambio antes del incumplimiento se estaría en presencia de una novación objetiva y no ante una dación en pago[174]. De tal suerte que si estamos en presencia de una obligación no vencida para algunos podrá existir novación u obligación alternativa o facultativa pero no "dación en pago", porque ésta supone el fracaso del cumplimiento de la prestación por pago que es el medio extintivo por excelencia, pero como es natural ante una deuda exigible.

3.4.6. *Realización efectiva de la nueva prestación, esto es, el cumplimiento de la prestación subrogada*[175]: la realización efectiva de la prestación en la figura en comentarios es lo que la diferenciaría en efecto de otras instituciones. Por lo que cabe concluir que aunque la prestación no tenga lugar en forma simultánea al consentimiento ha de tener lugar en forma efectiva para que la dación en pago se perfeccione.

Existe una tesis según la cual cuando el cumplimiento de la nueva obligación se realiza acto seguido o inmediato de la convención sustitutiva, se configura la dación en pago, pero si la nueva prestación se ejecuta con posterioridad al acuerdo de partes, dicho acto debe mirarse como novación. Sobre el particular se ha dicho que sólo cuando medie un tiempo perceptible entre una y otra operación, entre la declaración acerca del nuevo objeto debido y el pago de éste, es que no hay dación en pago y sí novación[176]. Por su parte, para otros la dación en pago es eficaz por el mero convenio[177].

Finalmente, la tesis a la que adherimos sostiene que la "dación en pago" precisa como requisito necesario el cumplimiento efectivo de la nueva prestación. La dación que ha de ser efectiva aunque sea difícil en la práctica sostener que también ha de ser "instantánea", dada la posibilidad que la prestación diferente se configure por una prestación de hacer o negativa que difícilmente son de ejecución inmediata. Porque de lo contrario; de mediar cambio de objeto naciendo otra obligación, existirá novación por cambio de objeto[178].

De allí que algunos afirmen que la dación en pago a futuro es más bien una novación por cambio de objeto. Pero mientras el acreedor no haya recibido de manera íntegra la nueva prestación, la antigua obligación subsiste[179]. La novación objetiva supone asumir una nueva obligación, la diferencia con la dación en pago es que en ésta no nace una nueva obligación sino que se extingue definitivamente la previa, siendo el efecto extintivo de la figura bajo análisis lo que la caracteriza. Dado el carácter autónomo

---

[174] Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 21.

[175] Bolinchón Romo, *ob. cit.*, p. 3.

[176] Osterling Parodi y Castillo Freyre, *La dación...*

[177] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 450.

[178] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 330; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 363.

[179] Véase: Medina Pabón, Juan Enrique: *Derecho Civil: Aproximación al Derecho, Derecho de Personas*, Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2ª edic., 2010, p. 357. http://books.google.co.ve/books?isbn=9587381033.

de la institución bajo análisis, ese efecto extintivo solo acontece con el cumplimiento efectivo, por lo que de no mediar éste, la antigua obligación subsiste intacta, toda vez que no fue sustituida por una nueva, ya que la novación exige la intención de novar o *animus novandi*.

Algunos refieren que el acuerdo de dación en pago produce en principio una acción personal, por más que necesite la *datio rei*, que no sería imprescindible para la perfección del negocio, movido en el contexto de las promesas o voluntad de obligarse[180]. Refiere Belinchón Romo que se aprecia el elemento consensual y el elemento real[181]. Agrega la autora que gran parte de la doctrina insiste en que la prestación que sustituye la originaria debe acontecer o tener lugar en forma efectiva a los fines de la extinción de la obligación. Se indica así que "Además de la existencia del acuerdo mencionado que –reitero– simplemente se produce para atribuir eficacia extintiva al *aliud*, la dación en pago implica el denominado «elemento real», pues, tras el acuerdo de *solvens* y *accipiens*, se ha de realizar la nueva prestación pactada, en la medida en que la única intención que las partes tienen al celebrar la dación es la de extinguir la obligación que las vincula. Si no se produce la realización efectiva de la nueva prestación, no existe dación en pago.[182] De allí que indique acertadamente en sentido semejante la doctrina patria que "no hay ni puede haber dación en pago condicional, provisional o a título distinto de transmisión, transferencia, o cesión del bien o derecho que se da en pago. Cualquier modalidad que no implique una transferencia, pura y simple, de la propiedad o derecho que tiene el deudor, no es dación en pago porque el pago es el cumplimiento de una obligación y que tiende a extinguirla y, en su caso, la dación cumple la misma función"[183]. Cualquier otra modalidad constituye un acuerdo distinto pero no dación en pago pues el pago es la entrega de lo debido o su equivalente por dación. Si no hay liberación total probablemente se estará en presencia de una novación[184]. Pero debe tenerse presente que para que opere esta última es necesario el "*animus novandi*" o la intención de novar.

En el mismo sentido, en la doctrina francesa los Mazeaud indican que la necesidad de una transmisión inmediata de la propiedad en la figura es indiscutible que prohíbe la dación en pago sobre cosas futuras y la exigencia de una entrega inmediata impide la dación en pago de una cosa cuya entrega fuera acompañada de un término. Pues para los autores si la operación no se consuma inmediatamente sino que deja subsistente una nueva obligación para el deudor, constituiría una novación por cambio

[180] Medina De Lemus, *ob. cit.*, p. 80, es dudoso pretender asimilarlo a la compraventa, porque la prestación originaria reemplaza es el precio y entonces más bien sería permuta. Para que fuese novación se precisaría la voluntad expresa de novar de las partes.

[181] Bolinchón Romo, *ob. cit.*, pp. 4 y 5.

[182] *Ibid.*, pp. 7 y 8.

[183] Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8.

[184] *Ibid.*, pp. 8 y 9.

de objeto. Pero la dación en pago no constituye una novación[185]. Giorgi señala en la misma línea que cuando el objeto de la dación es un *factum*, o el hecho es prometido y no realizado, existe una verdadera novación[186]. Pero de nuestra parte, nos resistimos por esa sola circunstancia, a calificar el nuevo acuerdo de "novatorio".

Mal puede pensarse que esa ejecución sustitutiva que es la esencia de la institución de la dación en pago dé nacimiento a una nueva obligación[187]. En efecto, la dación en pago es un acto jurídico de naturaleza convencional, pero que solo se perfecciona y produce sus efectos mediante la ejecución de la prestación sustitutiva[188]. Para algunos de no estar ante prestaciones "instantáneas o inmediatas" se configuraría una novación objetiva en lugar de una dación en pago[189].

Afirma acertadamente Cristóbal Montes que es circunstancia frecuente en la práctica que primero se pacta el cambio y luego se ejecuta el mismo. Lo cual sólo reseña que las partes han pactado algo distinto. Ello no lo convierte en novación, aunque ciertamente el pacto de cambio precede a la ejecución de la prestación. Pero ello no es obstáculo para que la dación no pueda quedar perfeccionada hasta ese segundo momento[190]. Quienes sostienen lo contrario no advierten que la dación en pago precisa dos elementos: el acuerdo y la realización de la prestación. "Dar en pago no puede ser diferente a lo que el pago en sí supone (realizar una prestación), pero en cuanto no es estrictamente éste, porque no se ejecuta de manera exacta la prestación que se debe sino otra, precisa también del acuerdo al respecto de los sujetos involucrados en la relación obligatoria"[191].

De nuestra parte, más que aludir a cumplimiento "inmediato" preferimos referirnos más precisamente a cumplimiento "*efectivo*" de la prestación. Pues si la figura puede conformarse por prestaciones distintas a las de dar, difícilmente se puede pretender un cumplimiento "instantáneo" al acuerdo extintivo. El problema viene dado entonces en no reducir la esfera de la figura a la *datio* no obstante su denominación, porque según referimos bien puede tratarse de una prestación de hacer e inclusive "negativa", las cuales difícilmente son "instantáneas o inmediatas".

Consideramos que algunos casos en que la prestación podría precisar de un tiempo razonable para su ejecución, de no tener lugar esta última cierta-

---

[185] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 178.

[186] Giorgi, *ob. cit.*, p. 352.

[187] Ospina Fernández, *ob. cit.*, p. 399.

[188] *Ibid.*, 398.

[189] Véase considerando que la prestación debe ser "inmediata e instantánea" James Otis Rodner Smith; T. Adrián. Véase también interesante comentario de Enrique Urdaneta Fontiveros (citadas en nuestro trabajo: *La dación en pago...*, p. 45, nota 132).

[190] Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 167, el autor cita a Bercovitz.

[191] *Ibid.*, p. 168.

mente no se habría configurado la dación en pago, pues entre sus requisitos fundamentales se incluyen la realización efectiva de la prestación. Sobre la pertinencia en tal caso de ver un novación por cambio de objeto, cabe recordar que se precisaría necesariamente la intención de "novar" o *animus novandi*, que de no existir traería como consecuencia la no materialización de la dación en pago y por ende la supervivencia del crédito original. Toda vez que la intención del acreedor fue extinguir la relación obligatoria y no novarla. De allí que tampoco parezca razonable pretender la "ejecución" de la prestación sustituta ante el incumplimiento porque la intención –en la dación en pago– nunca sería sustituir la prestación sino extinguir la previa. Por lo que sin perjuicio del análisis del caso concreto[192], ante la no realización de la prestación sustitutiva nos inclinamos por la subsistencia de la prestación original que ha quedado incólume ante la no realización de la dación en pago.

Esa sería pues la regla general a falta de disposición expresa de las partes, toda vez que bien pudiera derivarse de la voluntad de las partes que a falta de dación en pago o en forma subsidiaria tuviera lugar una novación. Pero ello no podría presumirse, sino que se precisa la clara intención de novar[193], que es una pretensión distinta a la meramente extintiva que caracteriza la dación en pago. No estaría de más, que las partes, excluyeran expresamente la figura de la novación, dada la discusión doctrinaria, pero ello a nuestro criterio, no pasaría de ser una simple recomendación porque se trata de dos formas de extinción de las obligaciones claramente diferenciadas, no obstante la dificultad en su distinción.

Por lo que en definitiva la dación como medio extintivo de la obligación precisa de su ejecución o pago efectivo[194]. De allí que entre sus requisitos se indiquen no sólo acordar la realización de una prestación distinta a la inicialmente pactada sino por otra el necesario cumplimiento de la prestación que sustituye la anterior y que se le asigne la necesaria consecuencia de la extinción de la obligación[195].

Indica en tal sentido una decisión judicial "parece deducirse de la resolución del Tribunal la posibilidad que nosotros venimos atribuyendo al acreedor que acepta la existencia de una dación en pago de una deuda para procurar la extinción de ésta, esto es, la facultad del acreedor de poder exigir el

---

[192] Véase opinión de profesores: Ángel Álvarez Oliveros, Sheraldine Pinto Oliveros, Jose Annicchiarico, Juan Enrique Croes, Ramón Alfredo Aguilar Camero, Daniel Zaibert, María Luisa Tosta (véase nuestro trabajo: *La obligación negativa...,* pp. 46-48, notas 135 y 135).

[193] Indicaba acertadamente Lagrange (*Apuntes*...) que la dación en pago no hace surgir una nueva prestación a cargo del deudor, sino que va dirigido a producir la extinción de la primitiva relación obligatoria mediante el cumplimiento efectivo de una prestación distinta a la original.

[194] Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 150 y 151, el pagar con otra prestación se consigue cumpliendo ésta. Pues si ésta en vez de realizarse únicamente se promete hay realmente novación. La dación en pago deber ser real. Considero artificiosa la opinión de que la dación en pago no requiere como elemento constitutivo, la ejecución de la prestación nueva.

[195] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 177.

cumplimiento originario de la prestación inicialmente debida en la medida en que no exista una efectiva satisfacción de la deuda. En este caso se trata de fundamentar una propuesta de dación en pago en la que no existe siquiera, en términos del Tribunal, una sustitución de la prestación; pero es que esa misma insatisfacción de la deuda que se trata de extinguir con la dación en pago se produce en la medida en que la nueva prestación a la que le han sido atribuidos efectos solutorios no sea realmente realizada por el deudor o que, aun siendo realizada, no produzca satisfacción de los intereses del acreedor, fin último perseguido por el cumplimiento de toda obligación"[196].

Al efecto se aprecia sentencia que niega la existencia de la dación en pago por no poder operar la transmisión de la propiedad en el caso concreto[197]. Así como decisión judicial que ordena la transmisión de la propiedad dada la dación en pago efectuada en el proceso[198]. Volveremos de seguidas sobre este aspecto al referirnos a los efectos.

Algunos agregan entre los requisitos de la dación en pago la *preexistencia de una obligación válida*, como proyección de la validez y eficacia del negocio jurídico que le da origen, no aplica pues a obligaciones viciadas de nulidad absoluta[199]. Se ha dicho, sin embargo, acertadamente que la preexistencia de una obligación no supone un elemento constituye un elemento constitutivo de la dación sino tan solo un mero presupuesto para la eficacia de la misma, a lo sumo una *condicio iuris*[200]. Y por ende la validez de la obligación no configura propiamente un presupuesto o requisito de la figura bajo análisis.

3.5. *Efectos*[201]

3.5.1. *Extinción de la obligación*: el efecto fundamental de la prestación en cumplimiento es que extingue la obligación. Así pues, los efectos de la

---

[196] Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 20-5-09, Exp. 17.441, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/390-20-17441-.html agrega: "Lo que es importante destacar es su efecto: no siendo un pago "stricto sensu" produce los efectos de este que es el cumplimiento de la obligación y la extinción de esta».

[197] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 4-2-10, Exp. 43.658, http://zulia.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2010/FEBRERO/512-4-43658-067.HTML.

[198] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 26-1-11, Exp. 14.221, http://monagas.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2011/ENERO/1698-26-14221-.HTM "SEGUNDO: Cúmplanse los trámites de protocolización en el registro público respectivo, a los fines de que la transmisión de propiedad y posesión de los inmuebles dados en pago produzca efectos frente a terceros".

[199] Marín Martínez, *ob. cit.*, p. 20.

[200] Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 169.

[201] Véase: Giorgi, *ob. cit.*, pp. 352-363; Cristóbal Montes, *El pago...*, pp. 171-176; Bernad Mainar, *ob. cit.*, pp. T, II, 52 y 53; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 328; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 181-184; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, http://zulia.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML "1º Extingue la obligación de la que era titular el acreedor que aceptó la dación en pago... 2º La dación en pago causa una transmisión de la propiedad

dación en pago son los mismos del pago: extingue la obligación[202] así como los derechos accesorios que lo acompañan[203]. Presenta en tal sentido, un efecto satisfactivo y extintivo semejante al del pago. De allí que algunos la incluyan como una modalidad o variante del modo extintivo por antonomasia de las obligaciones.

Según indicamos[204] la dación en pago requiere una *datio* efectiva o más precisamente un cumplimiento efectivo de la prestación diversa a la original. Ello a fin de que opere el efecto extintivo que caracteriza la figura en comentarios. Esto es, adherimos a la tesis que considera que la dación en pago únicamente queda perfeccionada con la ejecución de la prestación sustitutoria[205]. No somos partidarios de considerar la novación subsidiaria de la falta de prestación cuando no existió *animus novandi* sino meramente extintivo.

3.5.2. *En caso de prestación de "dar"*: Si la dación en pago trasmite la propiedad de un inmueble, se deberán observar las formalidades de protocolización y registro en aras de que la transmisión produzca efectos *erga omnes*[206]. La dación puede producirse también en el seno de un negocio jurídico gratuito[207].

Si bien la ejecución de la prestación sustituta extingue la obligación se pregunta la doctrina los efectos de una suerte de nulidad del convenio sustitutorio. Se afirma que si la dación es nula porque el acreedor sufra evicción, el acreedor conserva su crédito original con sus garantías menos con la fianza a tenor del artículo 1834 del Código Civil[208] que dispone: "*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*".

En cuanto a otras garantías diferentes a la fianza a la que expresamente alude la norma, la doctrina distingue si subsisten o no en caso de evicción. Para algunos resurgen en todos los casos; otros pretenden establecer diferencias según el tipo de acción[209], aunque se admite que resulta una discusión meramente académica porque en definitiva el deudor está obligado

---

de la cosa dada en pago, constituye una datio"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 18-2-07, Exp. 4744, http://cojedes.tsj.gov.ve/**DECISIONES**/2008/.../1532-18-4744-1141.HTML.

[202] Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 403, así como el pago puro y simple extingue la obligación, liberando al deudor y satisfaciendo al acreedor también la dación en pago produce este efecto extintivo con los mismos alcances.

[203] CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 171.

[204] Véase *supra* Nº 3 de este mismo tema.

[205] PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 256.

[206] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 53.

[207] BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 12, En este caso, la dación en pago ¿sería una donación? Ahí queda planteada la cuestión, aun cuando la respuesta sea fácilmente deducible.

[208] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 328.

[209] Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 352- 363; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 328.

a pagar[210]. Si se considera que es compraventa quedará demandar saneamiento[211] aunque algunos rechazan el saneamiento por no tratarse de una compraventa[212] y lo misma valdría para la novación por haber desaparecido el vínculo anterior, pues se aclara que la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos no es exclusiva de la compraventa sino que opera en toda transacción onerosa[213]. Afirma Bernad Mainar que podría desvirtuarse tal argumento afirmando que el acreedor consintió en liberar al deudor bajo la condición de recibir la propiedad de la cosa dada en pago y, por ende, si tal condición no se verifica, revive el crédito primitivo con todas sus seguridades y garantías. En cuyo caso los códigos suelen contener disposiciones respecto a que no revive la fianza, en el que se incluye el artículo 1834 del CC venezolano[214]. Se dice que se trata de una consideración propia y benévola respecto al fiador, que no debe quedar expuesto a un regreso tardío en caso de evicción del que no podría defenderse[215].

Pero la consecuencia general se mantiene como es natural a decir de Cristóbal Montes: la *datio in solutum* no se perfecciona hasta el momento en que el deudor ejecuta la prestación sustitutoria convenida, por lo que hasta dicho instante no existe otra obligación que la originaria. ¿Qué ocurre si la prestación en sustitución debida presenta defectos o vicios materiales o jurídicos? Pues, de la misma manera que en caso de manifestarse los mismos antes de la perfección de la *datio* el acreedor es libre de concluir o no el negocio, descubiertos después debe continuar gozando el mismo de idéntica posibilidad: tener por concluida la dación en pago y acogerse a las acciones de saneamiento o considerar la misma como no realizada en cuanto falta uno de sus elementos intrínsecos[216].

El autor a propósito de la legislación española considera que habría que distinguir entre las garantías dadas por el deudor y las prestadas por un tercero (fiador, hipotecante no deudor) pues en tal caso no tiene mayor sentido y justificación que la misma continúe afectada personal o realmente caso de que el acreedor, al sufrir evicción, se haya decidido a reclamar la obligación primera, porque ello equivaldría a someter su afección jurídi-

[210] Giorgi, *ob. cit.*, p. 362.

[211] Véase: Alid Zoppi, *ob. cit.*, p. 8, "Desde luego, si el deudor da en pago un inmueble, asume las obligaciones de saneamiento... quien da en pago asume las obligaciones propias de los vendedores, cuales son hacer la tradición y el saneamiento, porque en el fondo la dación en pago –cuando se entrega un bien en reemplazo de una deuda en dinero– significa la transferencia de la propiedad y en tal caso el deudor debe responder de saneamiento y efectuar la tradición, salvo pacto en contrario, pero no es una venta en sentido estricto".

[212] Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 152 y 153, creo que debe rechazarse la tesis relativa al saneamiento por evicción por no tratarse de una compraventa. La dación en pago mal hecha no extinguió realmente la obligación inicial, luego ésta subsiste o si se quiere renace; le cabe al acreedor exigir su cumplimiento.

[213] Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 173.

[214] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 52.

[215] Giorgi, *ob. cit.*, p. 355.

[216] Cristóbal Montes, *El pago...*, p. 174.

ca a la libre determinación (y aun capricho) de aquél. Continúan siendo válidas las palabras de los clásicos respecto a semejante trato favorable y benévolo al fiador, ya que "cuando el acreedor recibe una cosa en pago, el fiador se encontraría gravemente perjudicado si permanece expuesto a un regreso tardía en caso de evicción". Pero los códigos como el nuestro que contemplan que sufrida la evicción no renace la fianza, constituyen una prueba indirecta pero prueba al fin, que en semejante evento queda abierta la reviviscencia de la obligación originaria[217].

Cuando no obstante, la ley remacha aquella extinción, lo que realmente nos está diciendo es que las restantes garantías sí pueden sobrevivir, pero para ello hará falta que, en caso de evicción, el acreedor pueda optar entre conformarse con exigir al deudor la responsabilidad por saneamiento o preferir la continuidad de la obligación primigenia, ya que mal podrían existir aquellas sin la permanencia de ésta. En opinión de Cristóbal Montes, por analogía, la pauta de la norma respecto a la fianza debe extenderse a cualquier otra garantía prestada por terceros, al existir en uno y otro supuestos *eadem ratio*[218].

Por su parte, en acertada opinión de Bernad Mainar la norma ratifica la tesis que en caso de evicción revive el crédito originario y el resto de las garantías, pues de lo contrario no tendría sentido útil la norma que expresamente excluye la fianza[219]. Por lo que lo normal es que salvo la fianza en el caso indicado subsistan las garantías y ello lo ratifica respecto de la hipoteca el artículo 1910[220] del CC. Ello amén del carácter excepcional de la norma que impide la posibilidad de analogía a otras garantías diferentes a la fianza, aunque se presente como una distinción odiosa que bien valdría eliminar de *lege ferenda*.

3.6. *A manera de conclusión*: La dación en pago, que bien pudiera denominarse más ampliamente "prestación en lugar de cumplimiento", constituye un modo extintivo de la relación obligatoria que, si bien no está expresamente previsto en el Código Sustantivo, se deriva del principio de autonomía de la voluntad. Toda vez que por aplicación del libre consentimiento del acreedor y deudor –sacrificando la identidad e integridad del pago– las partes bien pueden poner fin a la relación obligatoria mediante el cumplimiento *efectivo* de una prestación distinta a la originaria.

---

[217] *Ibid.*, p. 175.

[218] *Ibid.*, p. 176.

[219] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 53.

[220] "*Cuando la hipoteca renace, tiene efecto sólo desde la fecha del nuevo registro, si el anterior ha sido cancelado. Sin embargo, si se hubiera cancelado la hipoteca dando en pago el inmueble hipotecado y esta operación es anulada, la hipoteca renace retrotrayéndose sus efectos a la época en que fue constituida*". Refería Lagrange (*Apuntes...*) que si se compara la disposición del artículo 1834 con la del artículo 1910 del CC, se observa que consagran soluciones radicalmente distintas, de las cuales la que debe considerarse normal dada la naturaleza de la dación en pago es la del artículo 1910 mientras que el artículo 1834 del CC tiene carácter excepcional.

La figura presenta antecedentes en el Derecho romano y aunque entre otras, se le asocie a la compraventa, permuta y novación, presenta caracteres propios aunque apunta mayormente a constituirse como una modalidad del pago, y por ser éste una forma voluntaria del cumplimiento, la dación en pago es una ligera variación del mismo que supone la aquiescencia de acreedor y deudor para finiquitar la obligación mediante una prestación diversa a la pactada *ab initio*, a diferencia de lo que acontece con las obligaciones alternativas y facultativas. Su efecto extintivo permite a su vez distinguirla de la novación por cambio de objeto porque en el caso que nos ocupa no existe *animus novandi* o intención de novar sino de extinguir la obligación.

La prestación en lugar de cumplimiento o dación en pago es pues, una espléndida manifestación de la autonomía de la voluntad en la esfera de la relación obligatoria que, al margen de su naturaleza permite cerrar en forma definitiva el ciclo de la efímera vida de la obligación. El sentido lógico de la oportunidad que rige en la vida en general, de tomar algo en el momento actual so pena del riesgo que pueda acontecer en el futuro, es lo que justifica jurídicamente la necesidad de la figura. La discusión sobre la diferencia real o sustancial con la antigua y la nueva prestación curiosamente escapa del análisis del instituto porque lo determinante y característico es el efecto extintivo que genera el cumplimiento de la prestación subrogada. Bien se conciba como modo extintivo del lazo obligatorio o como una particular modalidad del cumplimiento voluntario, ciertamente la figura presenta utilidad práctica por demás, porque permite poner punto final a la relación jurídica por esencia transitoria, entre acreedor y deudor.

4. Compensación[221]

4.1. *Generalidades*

En términos coloquiales compensar equivale a nivelar o igualar, pero jurídicamente es un modo de extinción de las obligaciones que presenta una

---

[221] Véase: De Jesús O., Alfredo: *La pretendida compensación legal: notas críticas sobre una noción artificial.* En: *Temas de Derecho Procesal*, Colección Estudios Jurídicos Nº 15, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, Vol. I, pp. 301-323; Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 153-204; Rodner, James Otis: *La compensación en el contrato internacional (unidroit,* art. 8*)*. Caracas, Separata del Boletín Nº 148, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, enero-junio 2010, pp. 5-67; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 343-349; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 767-776; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 372-376; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 80-90; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 556-567; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 156-166; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 277-288; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Ediciones de la Biblioteca, 1997; Alvarez Caperochipi, *ob. cit.*, pp. 150 y ss; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 151-155; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 501-512; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 425-445; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 233-235; Lasarte, *Derecho...*, pp. 161-166; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 648-663; Sánchez Cid., *ob. cit.*, pp. 276-278; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 468 y 469; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 127-129; Larenz, *ob. cit.*, pp. 425-439; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 203-206; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 389-405; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 150-153; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 313-320; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, pp. 419 y 420; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 312-319; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 244-253; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 372-379; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 139-146; Baena Baena, Pedro Jesús: *La Compensación en las Cuentas Bancarias.* Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.,

justificación trivial[222]. Cuando dos personas se deben mutuamente no es necesario que cada una de ellas le pague a la otra, es más sencillo considerar que ambas deudas se han extinguido hasta concurrencia de la menor[223]. La compensación opera entre las deudas de dos personas que son recíprocamente deudoras y procede por la cantidad recíprocamente concurrente.

Dispone el artículo 1331 del CC: "*Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas, de modo y en los casos siguientes*".

Por lo que se afirma que la compensación consiste en la extinción de las obligaciones respectivas, hasta el límite del monto de la menor, cuando dos personas asumen recíprocamente por derecho, las cualidades de acreedor y deudor[224]. Coexisten dos deudas en sentidos opuestos, resultando ocioso y superfluo que cada uno de los sujetos cumpliera su propia obligación para después recibir el cumplimiento de la otra parte. Se trata de una relación obligacional entre dos sujetos que son entre sí, al mismo tiempo, acreedor y deudor principal, el uno frente al otro, y en la que hay obligaciones recíprocas cruzadas entre los dos[225]. Si ambas deudas son desiguales, la compensación extingue la menor en su totalidad y la mayor hasta concurrencia del importe de la menor[226]. Se presenta pues como una suerte de intercambio de liberaciones[227].

La compensación es un modo de extinción común a todas las obligaciones que se presenta cuando dos personas recíprocamente deudoras poseen entre sí deudas homogéneas, líquidas y exigibles. Por medio de la compensación, ambas personas se liberan total o parcialmente de la obligación que tenían, evitando de esta manera el traslado inútil de dinero, riesgos y gastos[228].

La institución de la compensación en nuestro ordenamiento jurídico positivo, está consagrada en el Código Civil de 1942 y en iguales términos y numeración en el referido Código de 1982, en sus artículos 1.331 al 1341. La compensación surge como un modo de extinguir las obligaciones comunes que existan entre los particulares[229].

2004; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: *La compensación*. En: Revista Scribas, Año II, Nº 4, Arequipa, 1998, pp. 101-128, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141.

[222] Lasarte, *Derecho*..., p. 161.

[223] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 712.

[224] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 74; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, p. 171, "la extinción de dos obligaciones recíprocas entre las mismas personas hasta concurrencia del valor más bajo.

[225] Sánchez Cid., *ob. cit.*, p. 276.

[226] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 390.

[227] Lagrange, *Apuntes*...

[228] TSJ/SPA, Sent. 00559 de 3-4-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00559-030401-15666.HTM.

[229] TSJ/SPA, Sent. 01178 de 1-10-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01178-011002-01-0876.htm.

4.2. *Ventajas*

4.2.1. *Responde a razones de equidad, utilidad y simplificación de las relaciones jurídicas y económicas*

La figura responde a razones de justicia pues es contrario a la buena fe pretender un crédito sin pagar la deuda propia[230]. Repugna a la equidad el reclamar una deuda si se es deudor del reclamado[231].

Además constituye un pago y una garantía; es un "doble pago abreviado"[232] porque evita una innecesaria duplicidad de pagos. Se ha indicado que "equivale a pesar y balancear dos obligaciones"[233]. "Simplifica las operaciones de cumplimiento"[234], pues "evita el doble desplazamiento de fondos"[235]. Ha sido denominada también "pago recíproco", abreviado, simplificado o automático[236]. Evita entregas innecesarias de doble vía[237]. Funciona como un "escudo procesal" porque puede "oponerse" ante una pretensión judicial y poner fin a la contienda[238].

4.2.2. *Constituye una garantía del pago, una suerte de privilegio recíproco entre deudores y un medio de facilitar el pago*[239]

La compensación proporciona una cierta seguridad[240], toda vez que por ella nadie podrá reclamarnos lo que también nos debe. Se afirma que "la compensación es un medio de pago, su efecto es la extinción de las obligaciones recíprocas entre las partes"[241].

De allí que para algunos constituye una modalidad de pago que proporciona a las partes una doble ventaja: por un lado, facilita dicho pago porque abrevia los actos precisos para que tenga lugar ya que supone economía y agilidad en su realización y, por otro, concede al acreedor una garantía efectiva en el cobro del crédito. Es un modo extintivo de los derechos de crédito que desempeña un papel de gran importancia en el tráfico jurídico y en la economía actual porque evita la repetición de pagos[242]. Supone la transmisión de la propiedad y se diferencia de la novación por cambio de objeto y de la compraventa y permuta. Refería Lagrange que la compensa-

---

230 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 312.

231 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, pp. 150 y 151, agrega simplicidad y certeza; Pothier, *ob. cit.*, p. 367, la equidad de la compensación es evidente.

232 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 391; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 244.

233 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 179.

234 Diez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 176.

235 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 771.

236 Ghersi, *ob. cit.*, p. 501.

237 Medina De Lemus, *ob. cit.*, p. 127.

238 Ghersi, *ob. cit.*, p. 502.

239 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 153.

240 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 244.

241 Rodner, *La compensación...*, p. 9.

242 Sánchez Cid., *ob. cit.*, p. 276.

ción funciona como un verdadero privilegio práctico en relación con los demás acreedores del mismo deudor, aunque pueda presentarse como inequitativa respecto de los demás acreedores de conformidad con el artículo 1864 del CC.

4.3. *Naturaleza*

Es uno de los medios legales de extinción de las obligaciones al margen de la voluntad aunque también puede ser convencional. Indica Mélich que cumple una función análoga a la del pago pero también de garantía[243].

Al efecto indica una decisión judicial que la figura tiene por finalidad evitar un doble pago o precaver el desarrollo de dos litigios y "tiene una finalidad simplificadora, que consiste en realizar una función de garantía, ya que si cada deudor estuviese obligado a realizar su obligación, tendría el riesgo de que por insolvencia del otro deudor, él pagara y no pudiera recibir a su vez la prestación a la cual tiene el derecho. La compensación garantiza contra la posible insolvencia de cualquiera de los dos deudores y a los deudores en lo que respecta al concurso de los acreedores de cualquiera de ellos. Tiene su fundamento en la BUENA FE, pues nadie debe pretender el cobro de su crédito sin pagar al mismo tiempo el monto de su deuda frente a la misma persona"[244].

Se aclara que no procede la compensación en obligaciones de hacer y en obligaciones negativas, salvo que se estipule cláusula penal[245].

4.4. *Casos en que no es procedente la compensación legal*[246]

Prevé el artículo 1335 del CC que "*la compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos":*

1º Cuando se trata de la demanda de restitución de la cosa de que ha sido injustamente despojado el propietario[247].

2º Cuando se trata de la demanda de la restitución de un depósito o de un comodato[248].

3º Cuando se trata de un crédito inembargable[249].

---

243 Mélich Orsini, *Modos*..., p. 154.

244 Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-3-06, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/498-10-2179-126.html; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 373.

245 Mélich Orsini, *Modos*..., p. 168.

246 Véase: *ibid.*, pp. 185-189; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 560-562.

247 Refiere Lagrange, *Apuntes*..., aplica similar criterio en lo riguroso que el relativo a la mora del ladrón (artículo 1344 del CC).

248 Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 186 y 187. Se afirma que ello basado en un deber de lealtad y por tratarse de un cuerpo cierto. Señala Lagrange (*Apuntes*...) que tales contratos presentan una individualidad de cosas no fungibles que hace que falte el requisito de la homogeneidad. Distinto es el caso del depósito irregular previsto en el artículo 1759.

249 El crédito inembargable no es compensable. Como sería el caso de las obligaciones alimentarias o ciertas porción de los créditos laborales. Véase sobre la improcedencia en "cuentas nóminas" por estar asociadas al salario o sueldo; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, 2007,

4º Cuando el deudor ha renunciado previamente a la compensación[250].

5º Tampoco se admite la compensación respecto de lo que se deba a la Nación, a los Estados o a sus Secciones por impuestos o contribuciones". Aunque esto último presenta una excepción en la respectiva ley especial[251].

4.5. *Clases*[252]

4.5.1. *Legal*: Se afirma que opera de pleno derecho, extinguiéndose las dos deudas por las cantidades concurrentes. Procede aun desconociéndolo los deudores y no desde la fecha de la sentencia.

De Jesús crítica el presunto carácter *ope legis* de la compensación legal heredado del Derecho francés toda vez que indica que la figura precisa ser alegada y declarada judicialmente[253]. Y señala que el pretendido efecto de pleno derecho de la compensación colide con normas expresas del propio CC en materia de fianza[254] y cesión de crédito[255] copiadas del Derecho francés[256]. Por lo que concluye el autor que "la compensación no opera de pleno derecho. El pretendido automatismo con el que supuestamente opera la compensación no es más que un artificio"[257] pues "una compensación cuya verificación dependa de un acto voluntario" no opera "*ipso iure*".

Exp. AP42-N-2004-001191; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 2009, Exp. AP42-N-2008-000794, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2009/abril/1478-28-AP42-N-2005-000794-2009-685.html; Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 6-12-12, Exp. KP02-R-2012-001109 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2012/diciembre/649-6-KP02-R-2012-001109-.html.

[250] Constituye una aplicación del principio dispositivo. Aunque supone una diferencia sustancial con la prescripción, la cual no se puede renunciar anticipadamente; Lete del Río, *ob. cit.*, p. 181; Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 249-251. En sentido semejante causales en España (CC, art. 1200).

[251] Véase: Código Orgánico Tributario, art. 49; Baptista, Ana L.: *La compensación legal como modo de extinción de las obligaciones tributarias.* Caracas, UCV, Especialización Derecho Tributario, 2011, http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/4130/1/T026800006570-0-baptistaana_finalpublicacion-000.pdf ; Mas Rodríguez, Mario J. y Marta Pascual N.: *Medios de extinción de la obligación tributaria con especial referencia a la Compensación.* En: Revista de Derecho Tributario Nº 70, Caracas, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legis Editores, 70, enero-febrero-marzo, 1996, pp. 23-40; TSJ/SPA, Sent. 00559 de 3-4-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00559-030401-15666.HTM; TSJ/SPA, Sent. 01178 de 1-10-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01178-011002-01-0876.htm; Juzgado Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana, Sent. 28-10-10, Exp. 1045-09, http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/792-28-1045-09-303-2010.HTML.

[252] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 156-204; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 319 y 320; Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 6-12-12, Exp. KP02-R-2012-001109 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2012/diciembre/649-6-KP02-R-2012-001109-.html

[253] De Jesús, *La pretendida...*, pp. 312-322.

[254] Art. 1336 CC: "*El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su deudor principal, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador*".

[255] Art. 1337 CC: "*El deudor que ha consentido sin condición ni reserva en la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente antes de la aceptación. En todo caso, la cesión no aceptada por el deudor, pero que le ha sido notificada, no impide la compensación, sino de los créditos posteriores a la notificación*".

[256] *Ibid.*, pp. 315, 315, 321 y 322.

[257] *Ibid.*, p. 320.

Rodner refiere en este sentido que en los países de influencia francesa, la compensación se produce en el mismo momento en que el deudor la alegue. Y una vez alegada sus efectos se retrotraen a la fecha en que existían las condiciones para que pudiera producir[258]. El CC venezolano siguiendo la tradición francesa establece la compensación de pleno de derecho, en tanto que otros países debe ser declarada[259]. Sin embargo, ambos sistemas son similares pues la compensación supone que debe ser alegada para aprovecharse de ella[260], aunque la función del Juez sea meramente declarativa[261].

Al efecto indica Álvarez Caperochipi respecto al Derecho español que "la jurisprudencia ha interpretado que la compensación no se produce *ope legis,* sino *ope exceptonis*, y por ello el Juez no ha de aplicarla de oficio, pero que sus efectos se producen desde la concurrencia de los créditos y no desde que se alega, si no hay un acto obstativo a la compensación"[262]. Mélich sin embargo alude a que la compensación legal no hace falta solicitarla porque opera automáticamente o *ipso iure* con carácter retroactivo aunque como la prescripción no opera de oficio[263]. Lo cual hace lucir convincente la tesis de De Jesús, toda vez que si precisa ser alegada no procedería "*ope legis*"[264]. De allí que resume Albaladejo que según una opinión procede *ope legis* y para otro solo cuando el interesado la opone pues no procede de oficio, lo cual presenta interés práctico por ejemplo en caso de que la deuda estuviere prescrita al momento de que sea opuesta[265].

Refiere Rodner que la compensación en los países de Derecho Civil se puede alegar como una defensa en juicio o aún se puede alegar fuera de un proceso judicial; bien se puede alegar fuera del juicio mediante el envío de una notificación al acreedor frente a la cual se está oponiendo[266].

Dispone el artículo 1332 del CC: *"La compensación se efectúa de derecho en virtud de la Ley, y aun sin conocimiento de los deudores, en el momento mismo de la existencia simultánea de las dos deudas, que se extinguen recíprocamente por las cantidades concurrentes".*

Así mismo, el artículo 1333 CC: *"La compensación no se efectúa sino entre dos deudas que tienen igualmente por objeto una suma de dinero, o una*

---

[258] Rodner, *La compensación...,* p. 10.

[259] *Ibid.*, p. 13.

[260] *Ibid.*, p. 25.

[261] *Ibid.*, p. 32.

[262] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 152; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 205, no puede apreciarse de oficio no obstante su eficacia automática o *ipso iure.*

[263] Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 157 y 158.

[264] Pues por ejemplo, figuras como la "emancipación", proceden de derecho porque acontecen por el sólo y único efecto de la ley.

[265] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 315.

[266] Rodner, *La compensación...,* pp. 10 y 11.

cantidad determinada de cosas de la misma especie, que pueden en los pagos sustituirse las unas a las otras, y que son igualmente líquidas y exigibles".

La compensación legal precisa entre sus *requisitos*[267] de simultaneidad, homogeneidad[268], liquidez[269], exigibilidad[270] y reciprocidad[271]. La ley no exige para la procedencia de la compensación que las deudas tengan igual causa. De hecho el artículo 1335 CC expresamente refiere que la figura procede "*cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda*".

4.5.2. *Convencional*[272]

Precisa de la voluntad de ambas partes. No prevé el CC normas al respecto. Llamada también "voluntaria" indicándose que nada impide que dándose el presupuesto de la reciprocidad si falta cualquiera de los otros (homogeneidad o exigibilidad) las partes implicadas pueden convenir darse por pagadas extinguiéndose las recíprocas obligaciones[273].

Para la procedencia de la compensación convencional importa poco que las deudas no sean líquidas, ni fungibles, ni exigibles[274], pues la autonomía de la voluntad suple los requisitos que exige la compensación legal. Sanojo no la refiere pues la comprende en la facultativa[275], al igual que Casas Rincón[276].

El artículo 1334 CC indica: "*Los plazos concedidos gratuitamente por el acreedor no impiden la compensación*". La figura procede con la limitación deriva-

---

[267] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, 772 y 773, identidad, liquidez y exigibilidad; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 557-556; TSJ/SPA, Sent. 00559 de 3-4-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00559-030401-15666.HTM.

[268] Véase: Mélich Orsini, *Modos*..., pp. 168-170, homogéneo se refiere a cosas sustituibles unas por otras, a saber, fungibles, supone identidad; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 772, supone la identidad de objeto. Podría ser obligación de dinero en moneda extranjera si pudiera ser determinado; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 317, la homogeneidad requiere que la deudas sean de lo mismo; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 245. También se alude a "fungibilidad" para denotar que no se está obligado a recibir una cosa distinta a la que se debe. Y así es compensable una deuda de pagar dinero por otra igual pero no una de pagar dinero por otra de cosas pertenecientes a un género distinto.

[269] Véase: Mélich Orsini, *Modos*..., pp. 170-173, que sea cierto en su monto o mediante un simple operación matemática (se excluye caso de precisarse peritos); Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 773, o fácilmente liquidable por el Tribunal. Mediante un simple cálculo aritmético; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 246.

[270] Véase: Mélich Orsini, *Modos*..., pp. 174-177, supone una deuda vencida o de condición cumplida no aplica a obligaciones naturales; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 245 y 346; Juzgado Cuarto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 4-5-11, Exp. AP31-V-2010-0004900, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/2151-4-AP31-V-2010-004900-.HTML "en opinión del Tribunal la deuda a la cual hace referencia la parte demandada aún no se ha hecho exigible, por tanto, no se cumple en el caso de autos con uno de los requisitos para que proceda la compensación legal a saber la exigibilidad.

[271] Véase: Mélich Orsini, *Modos*..., pp. 163-168, se precisa deudas recíprocas, no importa la fuente. Véase *ibid.*, p. 167, se requiere ser respectivamente acreedor y deudor.

[272] Véase: Miguel Sancha, Carolina: *La compensación convencional*. Barcelona, Bosch, 1999.

[273] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 257.

[274] Mélich Orsini, *Modos*..., p. 159.

[275] Véase: *ibid.*, pp. 156 y 157; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 166 y 167.

[276] Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 556 y 557.

da del carácter de orden público de las deudas inembargables. Los efectos de esta especie de compensación dependen del contenido mismo del convenio.

4.5.3. *Facultativa*

Se dice que hay compensación facultativa cuando el obstáculo que impide la compensación legal es suprimido unilateralmente por aquél a quien favorece[277]. Acontece cuando la parte que podría oponer la compensación legal (por ejemplo no es exigible) renuncie a hacer valer su derecho y acepte la compensación[278].

Para Sanojo –que no alude a la compensación convencional– la compensación facultativa es la que no se obra de pleno derecho por la falta alguna de las condiciones necesarias para que proceda la compensación legal, y que por lo mismo debe ser opuesta por la parte a ser pronunciada por el Juez. Para el autor, solo la parte a quien la otra no puede oponer la compensación legal puede valerse de la compensación facultativa[279].

Se realiza a requerimiento de la parte en cuyo favor hubiera cualquier obstáculo para la legal. Renuncia a ella y acepta la compensación. Se dice que en ella no hay convención[280]. Surte efectos desde que se alega. La figura se diferencia de la compensación convencional porque opera por la voluntad de una sola de las partes, aquella que tendría derecho de resistirse a la compensación y no lo hace[281].

4.5.4. *Judicial*[282]

Se efectúa por mutua petición de las partes. Es la derivada del juez o árbitro por vía de demanda o reconvención cuando no concurren los requisitos de la compensación legal. Se basa en la equidad. Agrega Mélich que en tal caso, la sentencia es constitutiva y no declarativa[283].

No toda compensación declarada en juicio mediante sentencia es una compensación judicial[284]. Tiene lugar cuando no procediendo la compensa-

---

[277] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 320.

[278] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 252.

[279] Sanojo, *ob. cit.*, p. 166; Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 565.

[280] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, p. 159, cita a De Page.

[281] Lagrange, *Apuntes...*; Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p 108, "será facultativa cuando uno de los sujetos recíprocamente obligados remueva el obstáculo que impide la compensación y que sólo a él favorece"; Sánchez Cid., *ob. cit.*, p. 277, se reclama por aquella de las dos partes que tendría derecho a no pedirla y a quien únicamente podría perjudicar.

[282] Véase: Moisset de Espanés, Luis y María Cristina Plovanich: *Compensación judicial*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

[283] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, p. 161; Sanojo, *ob. cit.*, p. 167, se efectúa por mutua petición.

[284] Refería Lagrange que si la parte demandada le opone a la otra la compensación legal por estar dados los requisitos y el Juez la "declara" allí no existe compensación judicial. En cambio, si la parte demanda opone la existencia de un crédito no líquido pero que lo será durante el proceso, el Juez al final "decreta" la compensación. La compensación entonces encuentra su origen en la sentencia del Juzgador, la cual no constata una compensación anterior sino que constituye una compensación como resultado del proceso. Esta es pues la compensación judicial, la decretada por el Juez en el curso del proceso.

ción legal solicitada por la falta de alguno de los requisitos exigidos, éste se completa en la propia sentencia. Pero es necesario que se cumplan los requisitos de reciprocidad y homogeneidad. Carece de efectos retroactivos[285].

4.6. *Efectos de la compensación*

4.6.1. *Generales*

La compensación extingue las deudas con sus accesorios y garantías. La compensación tiene pues un efecto *extintivo*, debe ser opuesta aunque se discute su carácter automático o *ipso iure* (la oportunidad ha de ser en la contestación de la demanda)[286]. Por lo que **entre las partes**, la compensación extingue las deudas desde el día que coexisten a tenor del citado artículo 1332 CC.

La compensación no opera pues, según se indicó, contra la voluntad del interesado y el Juez no puede oponerla de oficio. Amén del supuesto del ordinal 4 del artículo 1335 del CC (renuncia previa a la compensación), se citan otros dos supuestos de renuncia tácita de la compensación en el CC. A saber, los artículos 1337[287] en materia de cesión de crédito y el 1341[288], cuando se ha pagado una deuda en la que debió operar la compensación.

4.6.2. *Respecto de terceros*

Dispone el artículo 1340 CC "*La compensación no se verifica con perjuicio de derechos adquiridos por un tercero. Sin embargo, el que, siendo deudor, llega a ser acreedor después del embargo hecho en bienes suyos a favor de un tercero, no puede oponer la compensación en perjuicio de quien ha obtenido el embargo".*

Indicaba Lagrange que donde la norma señala "sin embargo" ha de leerse simplemente "por ejemplo" por ser el supuesto del embargo de crédito un ejemplo del encabezado de la disposición.

Vale recordar los citados artículos *1336 (fiador), 1337 (cesión de créditos) y 1341 CC (quien ha pagado un deuda extinguida de derecho por compensación).*También cabe referir el artículo 1230 CC por el cual el deudor solidario puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al codeudor solidario por la parte correspondiente. Así como la inversa del artículo 1244 CC por la cual el deudor puede oponer a uno de los acreedores solidarios la compensación por la parte de ese acreedor.

---

[285] Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 252 y 253.

[286] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 177 y ss.

[287] Véase *infra* 4.6.3 de este tema.

[288] *"Quien ha pagado una deuda que estaba extinguida de derecho en virtud de la compensación, y que después persigue el crédito por el cual no ha opuesto la compensación, no puede en perjuicio de terceros, prevalerse de los privilegios, hipotecas o fianzas unidas a su crédito, a menos que haya tenido justa causa para ignorar el crédito que habría debido compensar su deuda".*

4.6.3. *Respecto de la cesión de créditos*
Debe tenerse en cuenta artículo 1337 del CC: "*El deudor que ha consentido sin condición ni reserva en la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente antes de la aceptación. En todo caso, la cesión no aceptada por el deudor, pero que le ha sido notificada, no impide la compensación, sino de los créditos posteriores a la notificación*".

Indica Mélich que si el deudor cedido acepta la cesión pura y simplemente excluye la compensación legal. La seguridad de la transacción exige que el cesionario sea preferido al deudor[289].

4.6.4. *Respecto al fiador*
Vale citar artículo 1336 del CC: "*El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su deudor principal, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador*". La facultad del fiador constituye una excepción al requisito de la reciprocidad. Esto pues el fiador es un tercero en el contrato afianzado. Esto por cuanto en principio la compensación precisa que los deudores recíprocos sean a título principal, pero la excepción del artículo 1336 CC se explica porque el fiador aunque deudor subsidiario puede convertirse en principal si el deudor no paga. En cambio, el deudor principal no puede obviamente oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador.

Finalmente, cabe observar los artículos 1338 y 1339 del CC, relativas al lugar y la imputación de pago. El primero prevé: "*Las deudas pagaderas en diferentes lugares pueden compensarse mediante la indemnización de los gastos de transporte o cambio al lugar del pago*". El segundo indica: "*Cuando la misma persona tenga varias deudas compensables, se observarán para la compensación las mismas reglas que se han establecido para la imputación en el artículo 1305*".

[289] Véase: *ibid.*, p. 191.

TEMA 19
Formas de Liberación del Deudor sin Satisfacción del Acreedor

SUMARIO: *1. Novación 2. Delegación 3. Remisión de deuda 4. Confusión 5. Prescripción*

1. Novación[1]

1.1. *Generalidades y noción*

La idea de novar sugiere la modificación o renovación de algo[2]. "Novación es la sustitución de una obligación por otra obligación con la peculiaridad de que la obligación reemplazada resulta extinguida"[3]. Se trata así de un modo voluntario de extinción de las obligaciones[4] en que una obligación se suplanta por otra, produciendo la sustitución de una obligación por otra que resulta extinguida[5]. La novación extingue una obligación primitiva para reemplazarla por otra nueva[6]; supone pues una primera obligación que debe ser extinguida[7], para dar nacimiento a una diferente, al menos formalmente.

"La novación constituye una de las formas de extinción de las obligaciones, consistentes en la transformación de una en otra. La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa y que es, precisamente, la que con sus accesorios queda extinguida. La característica resaltante de la

---

1 Véase: Garbati Garbati, Guido y Alejandra León Parada: *La novación.* En: Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje Nº 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 277-298; Mélich Orsini, *Modos...,* pp. 107-150; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 329-336; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 747-757; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 362-366; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 66-76; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 530-542; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 147-153; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 255-268; Autores Varios: *Estudios Jurídicos sobre la novación.* Caracas, Fabretón, 1.984; Lozano Berruezo, C.: *De la extinción de las obligaciones. La novación. Texto, Jurisprudencia, Comentarios.* Barcelona, Madrazo 157, Colección Nereo, s/f; Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 156-159; Ghersi, *ob. cit.*, pp. 477-500; Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 163-175; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 406-422; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 235 y 236; 166-168; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 977-1008; O´Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 473-475; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 130 y 131; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 207; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 456-470; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 321-332; *Compendio di Istituzioni...,* pp. 421 y 422; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 278-283; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 383-386; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 353-367; Cristóbal Montes, Ángel: *La llamada novación modificativa en el Derecho español.* Caracas, edit. Sucre, 1975.

2 Lasarte, *Derecho...*, p. 166.

3 Mélich Orsini, *Modos...,* p. 107.

4 Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Lara, Sent. 27-5-09, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/653-27-KP02-V-2007-2788-.html "la novación es una forma de extinción de las obligaciones.

5 Lozano Berruezo, *ob. cit.*, p. 7; Catalá Comas, *ob. cit.*, p. 101; Pothier, *ob. cit.*, p. 343.

6 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 456 y 458; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 66.

7 Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, p. 559.

novación, es la circunstancia de extinguir la obligación anterior”[8]. Supone un cambio en la relación obligatoria tan radical que propicia el nacimiento de una nueva a la vez que la obligación previa.

Es la extinción de una relación obligatoria mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla. Se caracteriza por ser a la vez causa de extinción y de creación de obligaciones[9]. Por lo que es un modo de extinción de las obligaciones y a la vez una fuente creadora de éstas. Aunque no toda transformación conlleva una novación[10]. En la doctrina española se refiere a propósito de la modificación de la obligación[11].

La obligación primitiva se extingue al quedar sustituida por una obligación diferente, a saber, la nueva obligación. Se trata de un efecto complejo que nace de un acuerdo entre acreedor y deudor por el cual se produce un efecto positivo y otro negativo. El efecto negativo viene dado por la extinción de la obligación primitiva, en tanto que el positivo en la obligación sustituyente o nueva obligación[12]. Se trata de un acto jurídico plurilateral, un concierto de varias voluntades jurídicas que se exteriorizan con el propósito de producir consecuencias de derecho, las cuales consisten en extinguir un vínculo preexistente, mediante la creación de un vínculo nuevo[13]. No constituye un modo de extinción de obligaciones que sea satisfactorio para el acreedor.

Mélich ubica entre los *caracteres* de la figura que haya extinción de la obligación anterior (no simple alteración), que esa extinción opera de pleno derecho o *ipso iure*, que el efecto extintivo y el efecto creador están íntimamente unidos, que el sinalagma novativo (extinción mediante constitución) determina que la novación sea el fruto de un solo y mismo acto jurídico[14].

Refiere Palacios Herrera que en el Derecho actual, la novación ha perdido utilidad por cuanto las partes disponen actualmente de otros de otros medios para obtener los mismos resultados sin los inconvenientes de la figura, y de allí que en algunos códigos foráneos que la han suprimido[15].

---

[8] Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 19-7-04, http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/1038-19-BP02-R-2004-701-227.html.

[9] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 190.

[10] Ghersi, *ob. cit.*, p. 477.

[11] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 383-385, conjuntamente con el cambio de acreedor derivado de la cesión de crédito y la subrogación; Barrio Andrés, Moisés: *La necesaria puesta al día del régimen de la modificación de la obligación en el Código civil español.* En: Estudios de Deusto, Vol. 59/2, Bilbao, junio-diciembre 2011, pp. 239-257, http://revista-estudios.deusto.es/index.php/estudiosdeusto/article/viewFile/310/290.

[12] Lagrange, *Apuntes...*

[13] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 355.

[14] Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 113-115.

[15] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 362; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 706. Lagrange, *Apuntes...* señalaba que la figura representa hasta cierto punto un anacronismo pues sus efectos pueden lograrse

1.2. *Clases*[16]

Prevé el artículo 1314 del CC que la novación se verifica:

1º Cuando el deudor contrae para con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual queda extinguida.

2º Cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor a éste libre de su obligación.

3º Cuando, en fuerza de nueva obligación, un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste.

Con base a dicha norma, la novación se clasifica según los distintos elementos que pueden cambiarse en *subjetiva* y *objetiva*[17]. La primera puede ser "*pasiva*", esto es, por cambio de "deudor" o también puede ser *"activa"*, a saber, por cambio de "acreedor". La novación subjetiva se realiza cuando se extingue la relación jurídica existente entre el acreedor y el deudor para establecer una nueva con otro acreedor u otro deudor[18]. Algunos agregan la "*mixta*" si se dan las dos anteriores al mismo tiempo[19]. Veamos cada uno por separado.

1.2.1. *Novación objetiva por cambio de objeto*

Prevista en el art. 1314, ord. 1 del CC, cuando se alude a "*cuando el deudor contrae para con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual queda extinguida".*

Tiene lugar por **cambio de objeto** cuando por ejemplo el obligado a pagar en dinero se compromete a pagar con un inmueble o con una cosa genérica; transformar una obligación simple en una obligación alternativa; sustituir una obligación de dar por una obligación de hacer, cuando una cantidad de dinero debida es sustituida por la de un cuerpo determinado[20]. Es la que cambia el contenido de la obligación por lo que puede confundirse con la dación en pago[21]. Pero señalamos que esta última extingue la obligación en forma definitiva sin crear una nueva[22].

Se admite que también existe novación objetiva por **cambio de causa** cuando las partes deciden cambiar la razón jurídica de la obligación, por ejemplo se cambió la obligación derivada de la compraventa de pagar el precio por un mutuo o deuda de préstamo o transformar una deuda de in-

---

sin acudir a la extinción de la vieja obligación. Por eso algunos códigos modernos como el alemán ignoran la figura, llegando a su mismo efecto mediante la cesión de crédito o la asunción de deudas.

[16] Véase: Mélich Orsini, *Modos...,*pp. 126-138; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 68-73.

[17] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 137; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 362.

[18] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 363.

[19] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 163.

[20] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 755; Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, p. 282, aluden que tiene lugar cuando el deudor conviene con el acreedor en la entrega de una cosa distinta a la acordada. Resulta más propio aludir a "prestación" a fin de no limitar la novación a las obligaciones de dar.

[21] Mélich Orsini, *Modos...*, p. 107.

[22] Véase *supra* tema 18.3.4.6.

tereses en una deuda de capital[23]. Refiere Palacios Herrera que la novación por cambio de causa es la única que todavía tiene cierta vida[24].

Algunos ven una tercera especie de novación objetiva. Así Ochoa alude a novación objetiva por **cambio de modalidades** que tiene lugar cuando las partes agregan o eliminan una modalidad a una de las dos obligaciones. Siendo necesario que el cambio de modalidad no afecte solamente la exigibilidad de la obligación, sino que debe afectar su naturaleza[25], es decir, que sea sustancial, como sería el caso de una condición. Sin embargo, una simple extensión del término o un cambio de modo de pago no trae por efecto la novación. La nueva acreencia debe comportar un elemento nuevo y no únicamente un elemento suplementario. El criterio fundamental que permite determinar si ha habido un verdadero cambio es detectar la incompatibilidad de las dos obligaciones sucesivas[26]. Albaladejo alude igualmente a una tercera modalida de novación objetiva por cambio de "**condiciones**"cuando el obligado a entregar trigo de la calidad A se obliga a entegar de la calidad B o al deudor de mil euros, se le eleva a mil quinientos, retrasándole dicha fecha, etc.[27]. Se aprecia que en tal caso acontecen variaciones sustanciales del monto, calidad y tiempo de pago, por lo que de no aceptarse esta tercera categoría igualmente se está ante una novación por cambio de objeto.

No todas las variaciones de la obligación generan novación. Las alteraciones de la cuantía no engendran un *animus novandi*[28], así como tampoco alteración o prórroga del plazo, la alteración de la forma de pago o de la especie monetaria, pero sí produce novación –según indicamos– por cambio de las condiciones principales, añadir una condición[29], así como también es novación la conversión de una obligación simple en alternativa, más no cuando se agregue a la obligación simple, una facultativa porque en tal caso el acreedor siempre podría reclamar la prestación originaria[30].

Pero sin embargo, se aclara que no produce novación cuando una liberalidad se le modifica solo agregándole una "carga", que deberá cumplir

[23] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 328; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 755, cuando el arrendatario adquiere un inmueble y el arrendador-vendedor imputa, en parte, al precio de venta los cánones pagados.

[24] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 363, como acontece según el autor a propósito del contrato de cuenta corriente según el Código de Comercio.

[25] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 755 y 756. Véase tomando la expresión "modalidad" en otro sentido en razón de los ejemplos que ofrecen los autores: Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, p. 283, la transformación, extinción o creación de "modalidades" de una obligación no la cambia por otra, es decir, no produce novación.

[26] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 756.

[27] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 329; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 69, con inclusión de nota 173, acontece por una cambio de causa, de objeto o de condiciones principales, como sería el caso de una condición.

[28] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 191.

[29] *Ibid.*, p. 192; Mélich Orsini, *Modos...*, p. 130, en el caso del cambio de una obligación pura por una obligación condicionada o de una condicionada a una obligación pura y simple, no podría dudarse de la voluntad de novar.

[30] Mélich Orsini, *Modos...*, p. 129.

el beneficiario pues tan solo se disminuye la ventaja procurada por la liberalidad, pero no la extingue, sino más bien se la confirma. De manera similar, la adjunción de una cláusula penal que sanciona el incumplimiento o el retardo en el cumplimiento de la obligación no extingue obviamente tal obligación, sino más bien la ratifica y solo persigue asegurar el mejor cumplimiento de ella[31]. Tampoco constituye en principio novación la emisión de títulos valores a objeto del pago[32].

Se refiere por ejemplo que no produce novación la mera ampliación de una deuda o la simple mutación del lugar del pago; la supresión, establecimiento o transformación de las garantías; la estipulación de cláusula accesoria, la reducción de un monto de una deuda en virtud de abonos, que el acreedor faculte al deudor pagar en varias partes la deuda que se debía pagar en un solo pago[33], la modificación de la monedad de pago, la renuncia al beneficio del término, la agregación de trabajos complementarios a un contrato de obra[34], la conversión de una obligación solidaria, activa o pasiva, en una fraccionable entre los acreedores codeudores, pues la "solidaridad y fraccionabilidad se refieren tan solo al modo de realización del crédito" y "la seguridad del mismo cuando se trata de solidaridad pasiva"[35].

Se aclara que cabría simplemente analizar si los cambios recaen sobre elementos accidentales de la obligación o al menos podría cuestionarse el carácter esencial de tales modificaciones. Pero en todo caso, aclara Mélich los cambios aunque no esenciales, pueden reputarse con carácter novatorio "cuando así lo decidan las partes"[36]. Se afirma que dada la relatividad que separa lo esencial y lo accidental habrá que estar para determinar si existe novación o no, no sólo a la naturaleza de la cláusula modificada, sino también a la voluntad de las partes y a la verdadera significación económica de la modificación[37].

1.2.2. *Novación subjetiva pasiva (por cambio de deudor)*[38]

Prevista en el art. 1314, ord. 2 del CC al señalar "*cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor a éste libre de su obligación*".

---

[31] *Ibid.*, p. 130.

[32] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00497 del 10-7-07, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC-00497-100707-04221.HTML "Así pues, los títulos valores establecidos en el contrato, en modo alguno produjeron novación de la obligación contenida en el contrato resolutorio".

[33] Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, p. 283, incluyen "la alteración del monto de una deuda" pero ello dependería de si configura un cambio sustancial.

[34] Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 130 y 131.

[35] *Ibid.*, p. 129.

[36] *Ibid.*, p. 131.

[37] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 69, nota 173.

[38] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 134-137; Gálvez Criado, Antonio: *Líneas históricas de la Novación Subjetiva por cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 2006, XXVIII, pp. 159-185, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716.

Se indica que es sabido que la novación por cambio de deudor constituye todavía hoy el único medio de realizar una cesión de deuda[39]. De allí que la doctrina española refiere que la novación por cambio de objeto es "extintiva" y la subjetiva es meramente "*modificativa*"[40].

Se distingue a su vez, dos tipos de novación subjetiva por cambio de deudor, esto es puede tener lugar de dos maneras:

a. Mediante *subrogación o expromisión por parte del deudor*

Dispone el artículo 1316 del CC "*La novación que consiste en sustituir un nuevo deudor, en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste*". Se requiere simplemente que el tercero nuevo deudor y el acreedor hayan convenido en liberar al deudor antiguo.

Supone que un tercero conviene con el acreedor en sustituir al deudor, quien queda liberado. Es el supuesto denominado por la doctrina como "*expomissione*"[41] o "*expromisión*"[42] o subrogación por cambio de deudor, fruto del acuerdo entre el nuevo deudor y el acreedor para liberar al deudor primitivo, sin necesidad de que concurra el acuerdo de éste, a tenor del artículo 1316, en donde el tercero (nuevo deudor) puede actuar con ánimo de liberalidad con relación al deudor primitivo o bien como consecuencia de un acto jurídico a título oneroso que vincula a ambos[43]. Cuando no hay *animus donandi*, puede haber entre los dos deudores una relación de mandante a mandatario, de gestor de negocios a dueño de negocio gestionado, etc. La *expromisión* libera al antiguo deudor tanto respecto al acreedor primitivo como respecto al tercero. [44]

El consentimiento del acreedor es requisito esencial para la validez de la operación que pudiera causarle perjuicios, como es el caso que el nuevo deudor tenga menos garantía de solvencia. Por el contrario la participación del primer deudor no es necesaria, puesto que la misma no puede causarle algún perjuicio[45].

b. Mediante *delegación por la cual un nuevo deudor sustituye al antiguo* (adjudicación novativa).

Supone el encargo dado por el deudor a un tercero de pagar en su lugar al acreedor y con el consentimiento de éste liberar al deudor primitivo.

---

[39] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 464.

[40] Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 327-330.

[41] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 331.

[42] Mélich Orsini, *Modos...*, p. 134; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 363.

[43] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 69 y 70.

[44] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 363.

[45] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 755, el acreedor debe haber manifestado su intención de liberar al primer deudor extinguiendo la obligación. Si esta intención no es evidente no puede haber novación. Lo que existe será simplemente una delegación de pago mediante el añadido de un nuevo deudor y no sustitución al anterior.

Para que esta delegación produzca novación se precisa que el acreedor delegatario libere expresamente al deudor primitivo (*delegación perfecta o novatoria*). Si el acreedor no libera al deudor primitivo se está una delegación imperfecta que no produce novación (*adjudicación simple*)[46].

Por ello se afirma que la delegación, la expromisión y la asunción de deuda cuando modifican al sujeto pasivo de la obligación, no siempre realizan un supuesto de novación *stricto sensu*[47].

1.2.3. *Novación subjetiva activa (por cambio de acreedor)*[48]
Consagrada en el art. 1314, ord. 3, CC al señalar "*Cuando, en fuerza de nueva obligación, un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste".*

Se coloca como ejemplo que A es deudor de B y estos convienen que A se compromete a pagar C, con lo que se extingue el crédito de B y subsiste el nuevo entre A y C. Acontece también mediante la figura de la delegación perfecta o novatoria. Por ejemplo, el "acreedor delegante A" encarga a su "deudor delegado B" de pagar al acreedor de éste C (delegatario). Siendo requisito indispensable que el acreedor A consienta el liberar a su deudor B, pues de lo contrario no habría delegación perfecta. Acontece en el ejemplo la novación por cambio de acreedor porque A deja de ser acreedor y la relación nueva acontece entre B (deudor) y C (acreedor). Es necesario el consentimiento del deudor[49]. Porque no se trata de una cesión de crédito en la que solo se precisa notificación del deudor (CC, art. 1551).

Algunos la confunden con la cesión de créditos, pero ésta última no extingue el crédito primitivo y no es necesario el consentimiento del deudor que sí se precisa en la novación. En la cesión de derechos, el deudor puede oponer al acreedor las mismas excepciones al cesionario, en tanto que en la novación no, porque no conserva las garantías ya que la antigua obligación se extinguió[50].

Podría cambiar el objeto y alguno de los sujetos de la relación obligatoria y entonces se estará en presencia de una obligación mixta[51].

---

[46] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 331; TSJ/SCC, Sent. 0072 del 5-2-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM.

[47] Mélich Orsini, *Modos...*, p. 136; TSJ/SCC, Sent. Nº 0064 del 29-1-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Enero/RC-0064-290102-00463-00316.htm "La sentencia impugnada expresó que no hubo novación subjetiva por cambio de deudor, por cuanto esta figura jurídica puede producirse por dos vías: **mediante subrogación por parte del deudor**... o mediante la delegación por la cual un nuevo deudor sustituye al antiguo, también llamada adjudicación novativa.

[48] Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 137 y 138.

[49] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 332; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 754.

[50] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 363; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 533 y 534; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 332; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 70; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 754; Mélich Orsini, *Modos...*, p. 138; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 363 y 364.

[51] Mélich Orsini, José: *Modos...*, p. 109.

1.3. *Diferencia con otras figuras*[52]

La figura se diferencia de la *delegación*[53]. Refería Lagrange que el CC no ha dedicado una sección aparte a la figura de la delegación, sino que contiene normas fragmentarias o imperfectas que vienen confundidas dentro de las normas sobre novación. La delegación "puede" ser un modo de lograr una novación. Ello acontece cuando un acreedor que actúa como delegante da la orden a otra persona que actúa como delegado de sustituirse a él, frente a otro acreedor, para obligarse frente a éste a cumplir una determinada prestación, y el acreedor lo acepta. Este acreedor es la figura del delegatario que libera al deudor originario de su primitiva prestación, produciéndose una *delegación novatoria*, en virtud de la cual el tercero queda obligado como deudor frente al primitivo acreedor. La delegación novatoria tiene el efecto de extinguir la primitiva relación obligatoria sustituyéndola por una relación obligatoria distinta con un nuevo deudor. Y para que este efecto se produzca es obviamente necesario que el primitivo acreedor lo consienta.

La *delegación no novatoria o delegación imperfecta* supone un efecto diferente, el primitivo acreedor puede dar la orden a otra persona de constituirse en deudor de su acreedor, en deudora del acreedor del acreedor y al hacerlo un nuevo acreedor se añade al anterior. De modo que el primitivo deudor y el nuevo deudor quedan obligados a la misma prestación. El acreedor en tal caso puede exigir el cumplimiento de la prestación indistintamente al nuevo deudor o al primitivo[54].

Se diferencia también de la figura de la "expromisión"[55], por la cual un tercero asume la deuda de un determinado sujeto conviniéndolo con el acreedor y sin intervención del deudor. Puede suceder que el viejo acreedor no libere al antiguo deudor sino que se añada al expromitente en cuyo caso acontece una expromisión no novatoria. El artículo 1316 CC aplica tanto a la delegación como a la expromisión novatoria porque puede operar sin consentimiento del deudor.

Se distingue la novación de la indicación del *solvens* o *accipiens*. Ello con base al artículo 1319 CC: "*No produce novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar. Tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él*". Detrás de estas dos figuras que indica la norma existe sencillamente un "mandato". La indicación de quien va pagar una deuda (por ejemplo emitiendo un cheque) no produce novación. Si por alguna

---

[52] Lagrange, *Apuntes*... Véase también: Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, pp. 286 y 287, refieren la diferencia con la delegación, cesión de créditos y subrogación.

[53] Véase sobre la delegación *infra* tema 19.2.

[54] Lagrange, *Apuntes*...

[55] Véase: Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 365.

razón el Banco no paga no se habrá extinguido la obligación. La entidad bancaria paga como una suerte de mandatario[56].

La novación se diferencia también de la cesión de créditos en la que no hay novación y la relación obligatoria subsiste con sus accesorios a tenor del artículo 1552 CC. Mientras que cuando acontece una novación por cambio de acreedor, la primitiva relación obligatoria se extingue. En la cesión de crédito acontece un contrato entre acreedor y tercero, sin precisar participación de deudor. En la novación se precisa el consentimiento del deudor[57].

Y finalmente, la novación se diferencia de la *dación en pago*, según señalamos[58] porque la primera se pretende sustituir una obligación por otra, en tanto que en la última se pretende extinguir la obligación existente.

1.4. *Requisitos*[59]

1.4.1. *Existencia de una obligación anterior*. Es necesaria la existencia de un vínculo jurídico previo entre las partes. De allí que no se pueda novar una obligación nula[60].

1.4.2. *Existencia de una obligación nueva distinta a la primitiva*. Mientras no haya la extinción definitiva, completa y total de una obligación no puede haber novación. Pero la extinción se realiza por medio de la sustitución por una obligación nueva que reemplaza la anterior[61].

---

[56] Lagrange, *Apuntes...*

[57] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 534.

[58] Véase *supra* tema 18.3.4.6.

[59] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 116-125; Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, pp. 283 y 284; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 756 y 756; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 332 y 333; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, 70-73; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 364 y 365; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 534-536; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 384 y 385; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 356-360; TSJ/SCC, Sent. 00939 del 1-12-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/RC-00939-011206-05111..HTM ; TSJ/SCC, Sent. 00497 del 10-7-07, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC-00497-100707-04221.HTML; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 6-10-04, http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/350-6-5.595-04-79.html; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Bancario y Marítimo del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 25-2-08, Exp. 18.686, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/1240-25-18.686-12.html ; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Barquisimeto, Sent. 20-10-03, Exp. KP02-R-2003-000435, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/octubre/649-29-KP02-R-2003-435-.html; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 30-1-07, 30.277, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/2116-30-30277-.html ; Juzgado Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-7-15, Exp. 13909, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2954-17-13909-4848.HTML.

[60] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 356 y 357; Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, p. 284.

[61] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, 50; Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, p. 284.

1.4.3. La voluntad o intención de novar, a saber, el *animus novandi*[62]. Dispone el artículo 1315 CC: "*La novación no se presume*[63]: *es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto*". Debe tratarse pues de una voluntad cierta[64], esto es, que no quede duda de la misma. Esa intención de novar debe ser común a ambas partes[65].

Prevé el artículo 1317 CC: "*La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libertar al deudor que ha hecho la delegación".*

Y agrega el artículo 1319 CC: "*No produce novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar. Tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él*"[66].

1.4.4. El *aliquid novi*[67], esto es la comprobación de un elemento "nuevo" que permita caracterizar objetivamente la existencia de una nueva obligación que se crea para sustituir la anterior. Lo que permite distinguir en un caso concreto si hay novación o sólo una modificación de la obligación[68]. Y así se refiere que no produce novación el reconocimiento de una deuda, el fijar un nuevo término, el otorgamiento de garantías de cumplimiento, la recepción de una letra de cambio u otro título de crédito para documentar la vieja obligación, el agregar una obligación a la relación obligatoria primitiva. De manera que para que haya novación ha de existir un elemento nuevo que sea sustancial o esencial, que determine un cambio radical en la fisonomía de la relación obligatoria[69].

---

[62] MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 461, el consentimiento debe recaer sobre el vínculo antiguo y el nuevo; las partes deben extinguir una obligación para crear otra; GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, pp. 283 y 284.

[63] Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 282, la novación nunca se presume, sino que debe constar inequívocamente la voluntad de novar.

[64] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Bancario y Marítimo del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 25-2-08, Exp. 18.686, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/1240-25-18.686-12.html para que pueda producirse la novación de una obligación, necesariamente debe existir la intención de las partes de efectuarla, debiendo constar el consentimiento para ello, bien sea de manera expresa o a través de actos que de manera evidente e inequívoca dejen al descubierto semejante voluntad de las partes.

[65] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 00651 del 12-4-04, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Abril/RC-00651-120404-00090.htm la modificación de los contratos escritos requiere consenso escrito de ambas partes, y el pago tardío aceptado no puede ser considerado como un uso ni es uno de los medios de novación previstos en los artículos 1.314 y 1.325 del Código Civil".

[66] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 00939 del 1-12-06, http://www.tsj.decisiones/scc/diciembre/RC-00939-011205-05111..htm.

[67] Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 123-125.

[68] Véase: *ibid.*, p. 124.

[69] LAGRANGE, *Apuntes...*

Se precia una diferencia esencial entre la obligación original y la nueva que va a sustituirla[70]. Es pues determinante en la novación la existencia de un elemento nuevo determinante que de origen a una nueva obligación[71].

1.4.5. *La capacidad* la agregan algunos[72], aunque ello forma parte de la teoría general de la capacidad.

1.5. *Efectos de la novación*[73]

1.5.1. En general: extingue la obligación anterior y nace una nueva[74]. La novación es un acto jurídico que produce un doble efecto: Extingue la obligación preexistente y la reemplaza por una nueva que ha de nacer en ese mismo instante[75]. Con la novación se pierden en principio garantías salvo pacto en contrario. Así lo disponen los artículos 1320[76] y 1321[77] CC.

1.5.2. *Efectos de la novación objetiva*: Además de los citados artículos 1320 y 1321 CC. El art. 1322 CC agrega: "*Si la novación se verifica entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, los privilegios y las hipotecas del crédito anterior no pueden reservarse sino sobre los bienes del deudor que contrae la nueva obligación*".

El art. 1324 CC prevé: "*La novación carece de efecto si la antigua obligación era nula; a menos que la nueva haya sido contraída en mira al mismo tiempo de confirmar la antigua, conforme a las reglas legales, y de reemplazarla*".

1.5.3. *Efectos de la novación subjetiva por cambio de deudor*: Dispone el art. 1319: "*No produce novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar. Tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él*".

---

[70] Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, p. 284.

[71] Véase: Juzgado Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-7-15, Exp. 13909, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2954-17-13909-4848.HTML se precisa la necesidad de una obligación nueva... no existe una nueva obligación, distinta a la que en el presente juicio se ventila.

[72] Véase: Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 535; Lagrange, *Apuntes*...

[73] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 757 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 335 y 336; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, 73-76; Garbati Garbati y León Parada, *ob. cit.*, pp. 285 y 286; Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 138-150; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 365 y 366.

[74] Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 536 y 536, la obligación nueva que reemplaza a la primera es la única que regulará las relaciones entre las partes.

[75] Juzgado Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-7-15, Exp. 13909, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2954-17-13909-4848.HTML.

[76] "*Los privilegios e hipotecas del crédito anterior no pasan al que lo sustituye, si el acreedor no ha hecho de ellos reserva expresa*". Refería Lagrange (*Apuntes*...) que hay que entender que la palabra privilegio se refiere únicamente a la prenda.

[77] "*Cuando la novación se efectúa por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no se transfieren a los bienes del nuevo deudor*".

El art. 1321 CC prevé: *"Cuando la novación se efectúa por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no se transfieren a los bienes del nuevo deudor"*.

1.5.4. *Efectos de la novación subjetiva por cambio de acreedor.* Dispone el art. 1323 CC: *"El deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que había podido oponer al acreedor primitivo, salvo su acción contra este último. Sin embargo, tratándose de excepciones que dependen de la cualidad de la persona, el deudor puede oponerlas, si tal cualidad subsistía al tiempo en que consintió en la delegación"*.

1.5.5. *Efectos respecto a la delegación novatoria pasiva.* Señala el art. 1318 CC: *"El acreedor que ha libertado al deudor por quien se ha hecho la delegación, no tiene recurso contra él, si el delegado se hace insolvente, a menos que el acto contenga reserva expresa, o que el delegado estuviese ya en estado de insolvencia o quiebra en el momento de la delegación"*.

Prevé el art. 1325 CC: *"El que ha aceptado la delegación queda válidamente obligado para con el delegatario, aun cuando su obligación para con el delegante o del delegante para con el delegatario, sea nula o esté sujeta a excepción"*.

2. Delegación[78]

2.1. *Generalidades y noción*

El Código Civil no la refiere como modo de extinción autónomo de las obligaciones, sino a propósito de la novación, "la delegación es una institución bastante confusa en la legislación y en la doctrina. Nuestro Código la reglamentó conjuntamente con la novación porque puede ser novatoria y porque así lo dispuso el CC francés siguiendo a Pothier[79]. Sin embargo, se afirma que a pesar de presentar conexiones evidentes con la novación, constituye una institución autónoma y *sui generis*, que debe deslindarse de la anterior.[80]

Constituye un acto por el cual una persona (delegante) encarga a otra (delegado) la realización de un acto que ejecuta en su propio nombre del delegado pero en beneficio de una tercera persona (delegatario). "La delegación es un fenómeno amplio que abarca no sólo al cambio de deudor, sino también al acreedor"[81]. Así pues, en la figura participan tres (3) sujetos:

---

[78] Véase: Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 19-103; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 337-342; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 759-762; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 367-371; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 76-80; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 542-549; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 269-275; Ospina Fernández, *ob. cit.*, pp. 422-425; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 1009-1029 (delegación de deuda); Sánchez Cid, *ob. cit.*, pp. 265 y 266; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 471-493; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 394-397; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 147-151.

[79] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 1009 y 1010.

[80] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 76.

[81] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 394; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 337; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 76; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 759, es una operación jurídica por la cual el delegante ordena al delegado obligarse frente a un tercero que el delegatario; Domínguez Guillén, *Diccionario...*, pp. 55 y 56.

delegante, delegado y delegatario. No precisa necesariamente de un vínculo jurídico previo entre delegante y delegatario. Se discute su naturaleza jurídica[82].

2.2. *Utilidad y aplicaciones prácticas*[83]
Se trata de una figura *sui generis*, entre sus ventajas: tiende a simplificar la situación mediante la concentración en una sola relación jurídica obligatoria. El deudor puede designar a un tercero para que pague a su acreedor; un acreedor puede designar a su deudor para pagar a su acreedor; puede reducir una obligación a dos obligaciones. No requiere de vínculo jurídico. Puede proceder *animus donandi* o *animus credendi*. "Se trata de un mecanismo muy utilizado en la actualidad y que facilita el pago de deudas porque, a través de él no es el propio deudor quien procede materialmente al pago de la deuda contraída frente al acreedor, sino que lo hace por medio de un tercero o delegado. Así ocurre en la domiciliación de recibos, o pagos de deuda que realizan regularmente a través de entidades bancarias"[84].

La delegación tiende a concentrar dos prestaciones entre tres personas en una sola prestación entre dos personas solamente. Presupone generalmente la existencia de dos relaciones de crédito-deuda que se han establecido entre tres sujetos distintos. Normalmente es así, pero pudiera no serlo. Por ejemplo, que A le debe a B tal cantidad de Bs. pero A, a la vez es acreedor de cierta cantidad de bolívares con C. Hay una relación de crédito-deuda entre A y B y entre A y C. Normalmente lo que la delegación trata de hacer es simplificar esas dos relaciones haciendo que C le pague a B (acreedor de A) con la finalidad de que con un solo pago se extinga la primera, así como la segunda relación de crédito deuda[85].

2.3. *Diferencias con otras figuras jurídicas*
La delegación es una figura *sui generis* que facilita el cumplimiento de las obligaciones y que no produce necesariamente la novación sino cuando las partes así expresamente lo declaran; la delegación a diferencia de la novación, no precisa de un vínculo jurídico previo entre las partes. No produce novación sino cuando las partes así lo declaran siendo tal una delegación novatoria. La novación exige una obligación primitiva que es reemplazada por una nueva; la delegación no exige necesariamente la existencia de un vínculo jurídico previo entre las partes. Se diferencia del mandato porque se actúa en nombre propio[86]. En efecto, la delegación se diferencia del

---

[82] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 76, esto es si se trata de un acto de manifestación unilateral de voluntad o más bien deriva de la relación preexistente entre delegante y delegado. Para algunos la discusión es una mera sutileza; Juzgado Noveno de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 3-8-09, Exp. 1.958-09, http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/AGOSTO/499-3-1.958-09-102-09.HTML.

[83] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 337 y 338.

[84] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 265.

[85] Lagrange, *Apuntes*..., la relación entre delegado y delegatario se denomina relación final.

[86] Domínguez Guillén, *Diccionario*..., pp. 55 y 56.

mandato porque en éste el mandatario actúa en nombre y en ocasiones en representación del mandante, en tanto que el delegado actúa en nombre propio y no del delegante.

La diferencia con la novación[87] viene dada cuando se trata de delegación activa, así como de delegación pasiva, puede suceder que el delegado se sustituya como parte de una relación obligatoria que en realidad viene a extinguirse quedando liberado el primitivo deudor o perdiendo su crédito el primitivo acreedor. Cuando esto ocurre la delegación trae consigo la novación y en tal caso se alude a delegación novatoria o delegación perfecta. Mientras que cuando ese efecto no se produce sino que en virtud de la delegación pasiva viene a agregarse al deudor primitivo otro, o en virtud de la delegación activa, un nuevo acreedor viene a agregarse al acreedor primitivo, entonces se alude a delegación acumulativa o delegación imperfecta[88].

También se diferencia la delegación activa de la cesión de créditos[89]. Esta última es un acto por el cual se transmite el derecho y el cesionario recibe exactamente el mismo crédito que tenía en su patrimonio el cedente provisto de las mismas garantías en tanto que en la delegación activa novatoria se adquiere una acreencia completamente nueva y se extingue la acreencia primitiva. En la cesión de crédito el deudor no es parte y debe ser notificado. En cambio en la delegación, el deudor es parte y debe consentir para que exista la delegación[90].

2.4. *Clases de delegación*

2.4.1. *Desde el punto de vista de la cualidad de acreedor o de deudor del delegante* puede ser delegación activa (el delegante es el acreedor) o delegación pasiva (el deudor actúa como delegante). Recordemos que en la delegación participan tres personas: delegante, delegado y delegatario.

a. *Delegación pasiva*: el delegante es el deudor, el cual asigna un nuevo deudor (delegado) a su acreedor (delegatario). De modo que el delegante es el que asume la iniciativa de la delegación. Éste es el deudor de la delegación pasiva; delegado el que se constituye en nuevo deudor; y delegatario el primitivo acreedor.

b. *Delegación activa*: en el que toma la iniciativa de la delegación es el acreedor. El acreedor (delegante) autoriza a un tercero (delegado) a hacerse destinatario de la promesa de cumplir la obligación hecha por el deudor que en este caso es delegatario, viniendo con este a ser un nuevo acreedor el delegado. Así pues, en la delegación pasiva el delegatario es el acreedor; en la delegación activa el delegatario es el deudor[91].

87 Véase *supra* tema 19.1.3.

88 LAGRANGE, *Apuntes*...; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 77 y 78.

89 Véase *supra* tema 19.1.3. MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 342; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 760 y 761.

90 PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 368.

91 LAGRANGE, *Apuntes*...; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 339 y 340; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 78.

2.4.2. *Desde el punto de vista que se produzca o no novación*

La delegación puede ser perfecta o imperfecta, según produzca o no novación[92].

a. *Perfecta o novatoria*[93]: se produce una verdadera novación. El delegante queda liberado lo que acontece cuando la deuda queda totalmente satisfecha[94] (extingue la obligación entre delegante y delegatario). Precisa el consentimiento expreso (no precisa de fórmula sacramental)[95] de las tres partes involucradas porque de lo contrario se está ante una delegación imperfecta o simple que no propicia novación[96].

*Puede ser **activa** (un acreedor delegante que lo es del deudor delegado le indica que pague a un delegatario)[97]. En ella, el acreedor delegante (A) que lo es del deudor delegado (B) le indica a éste que efectúe el pago a C (delegatario). Precisa el consentimiento de todas las partes (A, B y C). Se extingue la obligación entre el delegante A y el delegado B y se crea una obligación nueva entre el delegado B y el delegatario C[98].

*Puede ser **pasiva**, en cuyo caso el deudor delegante que lo es del acreedor delegatario le indica a un tercero delegado para que le pague la deuda. Se señala que el supuesto es el de un deudor A (delegante) que lo es del acreedor B (delegatario) y le indica a un tercero C (delegado) para que le pague la deuda. La obligación primitiva entre el delegante A y el delegatario B se extingue para ser sustituida por la obligación entre el delgado C y el delegatario B[99].

La delegación no puede obtenerse más que reuniendo el consentimiento del delegante, del delegado y del delegatario. Reuniendo estos tres consentimientos, la delegación es perfecta, sin que sea necesario al efecto la manifestación contemporánea de las tres voluntades"[100].

---

[92] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 367.

[93] No precisa vínculo previo aunque es común; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 78-80.

[94] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 265.

[95] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 0072 del 5-2-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM "La delegación en cuestión fue un hecho conocido por la empresa demandante, y ella declaró liberar al deudor, tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil, ya que la "aceptación expresa de la delegación", a que se refiere parte del citado artículo, no debe entenderse como una manifestación concebida en una fórmula sacramental que exprese literalmente su aceptación del nuevo deudor".

[96] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 340.

[97] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 266, puede ser activa o de crédito, donde el delegante es el acreedor y lo que persigue es convertir al delegatario en nuevo acreedor del delegado.

[98] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 340.

[99] *Idem.*

[100] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 0072 del 5-2-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM "es un hecho admitido por las partes la delegación efectuada. En donde las partes no muestran acuerdo, es en relación con la forma como debe declarar expresamente el acreedor su "voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación", tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil.

Efectos de la delegación novatoria[101]

a. *Respecto al delegado.* CC, art. 1325: "*El que ha aceptado la delegación queda válidamente obligado para con el delegatario, aun cuando su obligación para con el delegante o del delegante para con el delegatario, sea nula o esté sujeta a excepción*".

b. *Respecto al delegatario.* Prevé el art. 1318 CC "*El acreedor que ha libertado al deudor por quien se ha hecho la delegación, no tiene recurso contra él, si el delegado se hace insolvente, a menos que el acto contenga reserva expresa, o que el delegado estuviese ya en estado de insolvencia o quiebra en el momento de la delegación*".

Dispone el art. 1323 CC: "*El deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que había podido oponer al acreedor primitivo, salvo su acción contra este último. Sin embargo, tratándose de excepciones que dependen de la cualidad de la persona, el deudor puede oponerlas, si tal cualidad subsistía al tiempo en que consintió en la delegación*". Se discute la naturaleza del recurso del acreedor delegatario con el deudor delegante[102].

c. *Delegación imperfecta o simple*[103]: Es la delegación que no produce novación.

Dispone el artículo 1317 del CC: "*La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libertar al deudor que ha hecho la delegación*".

Según la norma se precisa *declaración expresa del acreedor de libertar al deudor que ha hecho la delegación* para que opere la delegación novatoria, esto es, exista novación. Sin esa declaración expresa que permite liberar al antiguo deudor, estamos en presencia de una la *delegación imperfecta.* Los signos característicos de la delegación imperfecta sirven para circunscribir el límite de la delegación perfecta y para completar su noción. Uno de los artículos que caracteriza la delegación imperfecta, es precisamente el 1.317 del Código Civil, según el cual, la delegación no produce novación, si el acreedor delegatario no declara expresamente que libera al delegante, de donde la simple indicación, hecha por el deudor, de una persona que debe cumplir las obligaciones en su lugar, no basta legalmente para producir la novación, esto es, así como la *cessio pro soluto* corresponde a la delegación perfecta, *la cessio pro solvendo* responde a la delegación imperfecta, llamada comúnmente adjudicación simple[104].

---

[101] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 369 y 370.

[102] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 341.

[103] Véase: *ibid.*, p. 342; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 80; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 759.

[104] TSJ/SCC, Sent. Nº 0072 del 5-2-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM.

En la delegación imperfecta el acreedor delegatario tiene dos deudores: el deudor delegante y el deudor delegado. Para algunos se debe demandar primero al delegado y solo subsidiariamente al delegante, en tantos otros consideran que se puede demandar a cualquiera de ellos[105]. Esta última se presenta como la posición correcta a falta de disposición expresa que indique lo contrario. Esto es, en la delegación imperfecta "el delegante y delegado deben el crédito de forma cumulativa frente al delegatario"[106], confiriendo entonces al delegatorio una garantía suplementaria[107]. El artículo indicado en concordancia con el artículo 121 del Código de Comercio es referido por una sentencia judicial a propósito de un cheque librado para el cobro de una obligación, respecto del que se considera no se produce novación[108]. En el mismo sentido se considera a propósito de factura y notas de débito[109].

Se trata de una operación favorable para el delegatario, pues no se destruye el vínculo que lo une al delegante. Ella es igualmente ventajosa para el mismo delegante y que le permite, dándole al delegatario una doble seguridad de pago, sea de obtener el crédito, de restablecer su crédito perdido. Por ello, la delegación imperfecta es más frecuente en los negocios que la delegación perfecta[110].

3. Remisión de deuda[111]

[105] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 342.

[106] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 265.

[107] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 473.

[108] Juzgado Noveno de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 3-8-09, Exp. 1.958-09, http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/AGOSTO/499-3-1.958-09-102-09.HTML . El Código de Comercio trata la figura de la delegación y la novación en el artículo 121, indicando que al emitirse documentos negociables en la ejecución o cumplimiento de un pacto con ocasión de un contrato, no se produce novación...Es la delegación que no produce novación. A ella se refiere el artículo 1.317 del Código Civil. En esta delegación imperfecta... habiendo librado los cheques identificados en actas se tenía la obligación de proveer al librado de los fondos necesarios para cubrir la cantidad expresada en dichos instrumentos.

[109] TSJ/SCC, Sent. Nº 00939 del 1-12-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/RC-00939-011206-05111..HTM" la Sala considera que el Juez Superior incurrió en un error al calificar que la obligación principal (derivada de las facturas y notas de débito) fue novada, pues para que ello ocurra es necesario que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor; de otro modo, se estaría en presencia de una delegación imperfecta que no genera novación".

[110] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 759 y 760.

[111] Véase: Mélich Orsini, José: *La remisión de deuda.* En: El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. I, pp. 217-244; Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 227-252; Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 350-353; Ochoa Gómez, *ob. cit.,* T. II, pp. 763-765; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. II, pp. 90-94; Casas Rincón, *ob. cit.,* pp. 549-555; Sanojo, *ob. cit.,* pp. 153-156; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345...*; Florensa Tomas, Carles Enric: L*a condonación de la deuda en el Código Civil (Estructura y objeto del negocio remisivo).* Universitat de Barcelona, Tesis presentada para la colación del grado de Doctor, 1987, http:// www.tdx.cat/bitstream/10803/1602/6/06.CEFT_6de6.pdf ; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: *La condonación.* En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IX, Nº 18, Lima, 1999, pp. 124-135, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_con-

3.1. *Noción*

La doctrina extranjera refiere que no es precisamente un tema del que en general se haya ocupado mucho la doctrina[112]. En la doctrina patria, encontramos como en otros tantos temas la contribución de Mélich[113].

Se trata de un acto por el cual el acreedor renuncia gratuitamente al derecho de crédito contra el deudor. Se denomina también perdón, condonación[114], remisión, quita o liberación[115], pues supone que el acreedor da por extinguido total o parcialmente el crédito sin nada a cambio[116].

Se afirma que "*la remisión de deuda, en su sentido estricto, supone la voluntad del acreedor de perdonar a su deudor*", pero no es suficiente que se resigne a no ejecutar su acreencia sino que se precisa "una efectiva voluntad de abandonar su derecho de crédito". Al efecto indica Lete que la "condonación también llamada remisión o perdón, es el acto gratuito mediante el cual el acreedor manifiesta su voluntad de liberar al deudor"[117]. Se debe resaltar su carácter "gratuito", pues la extinción del crédito mediante una ventaja equivalente nos coloca antes figuras distintas como la dación en pago.

"La llamada remisión de deuda prevista en el derecho romano dentro de la cual reguló la llamada *remissio mercedis*, que era la liberación que se daba al arrendatario de no pagar la renta por el uso de un predio, si por caso fortuito se perdía la cosecha. También el derecho italiano en su artículo 1236 del Código Civil previene la posibilidad que el acreedor remita la deuda la cual extingue la obligación[118].

Los autores extranjeros la diferencian de la renuncia respecto de la que se discute la naturaleza unilateral o bilateral, concluyendo que la remisión precisa la aceptación[119]. Constituye un principio que data del Derecho Romano que nadie puede ser obligado a aceptar un beneficio[120]. Por lo que se concluye que la remisión necesariamente es un contrato y por lo tanto

---

tent&view=article&id=25&Itemid=141; TSJ/SCC, Sent. Nº 0451 del 20-12-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0451-201201-00871.htm.

[112] Florensa Tomas, *ob. cit.*, p. 2.

[113] Véase: Mélich Orsini, *La remisión de deuda...*, pp. 217-244; Mélich Orsini, *Modos...*, pp. 227-252.

[114] Véase: Juzgado Segundo de los Municipios Guacara y San Joaquín de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, http://carabobo.tsj.gov.ve/**decisiones**/2006/diciembre/748-18-1066-06-.html; Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140 http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html.

[115] Florensa Tomas, *ob. cit.*, p. 3.

[116] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 406.

[117] Lete del Río, *ob. cit.*, p. 184.

[118] Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html.

[119] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 466; Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 149.

[120] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, pp. 149 y 150.

bilateral, requiere el consentimiento de acreedor y deudor[121]. La remisión de deuda no es un acto unilateral, el acreedor solo podría abstenerse de demandar, pero la extinción anticipada de la deuda, supone un acuerdo entre acreedor y deudor y por tal es un acto convencional[122].

De allí que Mélich señale que la remisión de deuda puede resultar de una manifestación expresa o tácita del acreedor pero su eficacia depende si ha llegado a conocimiento del deudor y no la ha objetado[123].

3.2. *Naturaleza*[124]

Se discute si es un acto unilateral o bilateral. Se pretende afirmar que la ley no tiene interés en mantener con vida una relación obligatoria cuando el propio interesado, a saber, el acreedor manifiesta su ausencia de interés en preservar el vínculo. Quienes consideran que es bilateral sostienen la naturaleza convencional de la obligación pues el acreedor puede abstenerse de reclamar pero no puede extinguir anticipadamente, lo que requiere por lo menos la aceptación tácita del deudor. Esta parece ser la opinión más aceptable pues no puede asimilarse la figura a la mera inercia del acreedor[125].

El puro hecho de que el acreedor se resigne ante la insolvencia de su deudor a no ejecutar su acreencia o a contabilizarla como una pérdida, no es suficiente, pues la deuda permanecería viva y el acreedor conservaría sus derechos, hasta el punto de poder hacer lo necesario para interrumpir la prescripción. La remisión de deuda, postula en cambio, una efectiva voluntad de abandonar el derecho de crédito, teniendo por efecto la liberación del deudor[126].

De allí que se aluda a un "convenio o acuerdo" gratuito para extinguir la obligación[127]. Y en este sentido se afirma que "La naturaleza de la aceptación está en relación con el carácter de acto lucrativo de la condonación. Es un principio aceptado desde el derecho romano que nadie puede ser enriquecido sin su voluntad (Ulpiano: D.39.5), porque las riquezas implican correlativamente unas cargas y responsabilidades que pueden no ser deseadas por el deudor remitido"[128].

---

[121] Véase: *ibid.*, p. 154.

[122] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 720.

[123] Mélich Orsini, *La remisión...*, p. 230. Véase también señalando que puede ser tácita: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 90.

[124] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 350 y 351.

[125] Refería Lagrange (*Apuntes...*) que más extendida en la doctrina es la opinión según la cual la remisión deuda resulta cuando se realiza entre acreedor y deudor, de un acuerdo de voluntades por el cual ambos acuerdan terminar el vínculo obligatorio gratuitamente a favor del deudor. Si el deudor no concurriera con el acreedor en esa voluntad común, la obligación no se extinguiría. Lo más que podría hacer el acreedor es abstenerse de exigir el cumplimiento de la obligación.

[126] Mélich Orsini, *La remisión de deuda...*, p. 218.

[127] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 384.

[128] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 147; Sánchez Cid., *ob. cit.*, pp. 278 y 279, para algunos es unilateral: para otros es bilateral pues el acreedor lo único que puede hacer es abstenerse de cobrar su crédito.

Ochoa considera que la remisión de deuda es un acto convencional o negocio jurídico bilateral[129], es una convención o contrato que se asimila a la donación en cuanto a sus requisitos[130] o reglas de fondo[131]. Aunque otros autores acertadamente la ven como una donación indirecta por lo que no se exige que sean observadas las reglas de forma de las donaciones[132], toda vez que la remisión de deuda es un acto neutro[133], que hace abstracción de la causa[134].

Indica la doctrina que aunque se sostenga su carácter unilateral es una eventualidad posible la resistencia del deudor a aceptar la remisión por lo que cabe concluir que si no se puede obligar a nadie a aceptar una donación tampoco a liberarse de una deuda[135]. Nadie puede ser obligado a aceptar un beneficio. De allí que acertadamente se afirme que la figura precisa tanto de la voluntad del acreedor como del deudor; aunque la de este último puede ser tácita y resultar de silencio[136].

Esto es, indudablemente la remisión de deuda precisa de la voluntad del deudor aunque sea tácita, por lo que no cabe pues una remisión de deuda contra la voluntad expresa del deudor, toda vez que la obligación constituye un vínculo bipolar en que la voluntad de ambas partes es fundamental. Cuando se afirma que la voluntad unilateral no constituye en principio modo extintivo de las obligaciones, ello aplica igualmente a la voluntad del acreedor.

A pesar de su semejanza con la donación, tiene un efecto extintivo y no transmisivo o atributivo[137].

3.3. *Clases de remisión*[138]

Puede ser *total o parcial*[139], si se refiere a toda o parte de la deuda, respectivamente. La remisión del capital no se extiende a la de los intereses[140].

También puede ser *expresa o tácita* según la voluntad expresa de condonar deuda o se precisa de la conducta omisiva del acreedor. Pero somos del criterio que la remisión de deuda figura como una suerte de contrato que

---

[129] OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 763.

[130] *Ibid.*, p. 764; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 549 y 550, ya que constituye una liberalidad o donación, está sometida a las reglas de fondo que rigen las donaciones.

[131] Véase: MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, p. 222, especialmente nota al pie 8, cita a Maduro-Pittier y a Dominici.

[132] MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 443. En el mismo sentido LAGRANGE (*Apuntes...*), quien señalaba que "aunque la remisión de deuda constituye una liberalidad no está sujeta a las reglas de "forma" de las donaciones" (Véase CC art. 1439); BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 90, no requiere las "formalidades" exigidas a la donación.

[133] MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, p. 227.

[134] *Ibid.*, p. 228.

[135] LASARTE, *Derecho...*, p. 158.

[136] MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 443.

[137] FLORENSA TOMAS, *ob. cit.*, pp. 3 y 8.

[138] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 351 y 352; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 91.

[139] Véase: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 385, para algunos al parcial se le llama "quita".

[140] MÉLICH ORSINI, *La remisión...*, p. 236.

precisa voluntad del acreedor y deudor. Esta última aunque sea tácita, si se induce de ciertas circunstancias de hecho como que el propio CC acepta[141].

3.4. *Requisitos*[142]

3.4.1. De fondo: Si se admite que la remisión es un acto de naturaleza convencional requerirá de la voluntad de las partes libremente formada. El acreedor debe proceder con el ánimo de hacer una liberalidad o a*nimus donandi*. De allí que algunos exijan la capacidad necesaria para las donaciones (CC, arts. 1435 y 1436) pues a ella aplican *mutatis mutandi* las reglas de "fondo" especiales sobre donaciones (tales como la revocabilidad por supervivencia de hijos, la obligación de colacionar, la reducción de donaciones si afecta la legítima, etc.). Y como toda donación es irrevocable desde el momento en que ha sido aceptada por el deudor, salvo los casos en que la propia ley admite la revocación de las donaciones. Cabe recordar igualmente el artículo 1279 del CC en materia de acción pauliana sobre los actos hechos en fraude de los acreedores.

3.4.2. De forma: Aunque la remisión de deuda constituya una liberalidad, no está sujeta a las reglas de "forma" de la donación, que es un contrato solemne a tenor del artículo 1439 CC. Por lo que se excluyen de tales requisitos solemnes a las donaciones indirectas como es el caso de la remisión de deuda. Consideración que encuentra consagración implícita en el artículo 1326 del CC al aludir a la entrega del título original. La remisión de deuda podría provenir de un acto testamentario en cuyo caso para su validez precisa que éste se ajuste a los correspondientes requisitos de ley.

3.5. *Prueba y presunción legal de remisión*[143]

La prueba de la remisión de deuda se rige por el Derecho común (arts. 1387, 1392, 1393 CC). Por lo que quien alegue la remisión de deuda como medio extintivo liberatorio de la obligación, deberá probarla.

La remisión de deuda no está sometida a ningún requisito de forma[144] pues recordemos que las normas relativas a la donación son aplicables respecto al "*fondo*" del acto, mas no a la forma. Para Mélich puede resultar de una declaración expresa del acreedor (remisión expresa) o de un conjunto de circunstancia graves precisas y concordantes que permitan inducir esa voluntad del acreedor (remisión tácita)[145].

La única presunción se ubica en el artículo 1326 del CC: "*La entrega voluntaria del título original bajo documento privado, hecha por el acreedor al deudor, es una prueba de liberación*"[146].

---

141 Lagrange, *Apuntes*...

142 Lagrange, *Apuntes*...

143 Véase: Mélich Orsini, *La remisión de deuda*..., pp. 229-235; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 352.

144 Mélich Orsini, *La remisión de deuda*..., p. 229.

145 *Ibid.*, pp. 229 y 230.

146 Véase: *ibid.*, pp. 231-235

Se precisa la entrega de título original, voluntaria, hecha por el acreedor o apoderado con facultad, hecha al deudor o mandatario (no a fiador). Es una presunción *iure et de iure*[147]. Refiere Lagrange que la norma no alude a que la entrega del título constituya una prueba de la remisión sino más ampliamente de la liberación de la obligación. Se explica como una forma tácita de condonar porque el acreedor se priva del instrumento con el cual podía probar la existencia de la obligación. Por lo que entregar el título de la deuda constituye un modo de efectuar la remisión de deuda, pues recordemos que la figura no está sometida a los mismos requisitos de forma de las donaciones.

Las condiciones de procedencia de la presunción que no admite prueba en contrario (salvo que no operen los siguientes requisitos) del artículo 1326 CC son entonces:

a. Que se trata de un documento o instrumento privado pues si se trata de un instrumento público el acreedor siempre podrá prevalerse de una copia certificada.

b. Que la entrega por parte del acreedor sea voluntaria, lo que descarta la obtención del título por medios fraudulentos.

c. Que la entrega haya sido hecha por el acreedor o en su defecto por un mandatario de éste suficientemente autorizado para hacer tal entrega.

d. La entrega debe ser hecha al deudor o a un mandatario del deudor o a un coobligado; no al fiador porque la remisión hecha a este no aprovecha al deudor principal[148].

Finalmente, en caso de prenda, cabe citar el artículo 1327 CC: "*La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda*". Pues el acreedor que restituye la prenda renuncia a la garantía, lo accesorio, pero no al crédito principal que tiene existencia propia e independiente de la prenda, lo cual será extensible a otras garantías anexas al crédito tales como hipotecas, fianzas y privilegios[149].

3.6. *Efectos*[150]

3.6.1. *Extinción* de la obligación. Se alude al supuesto de remisión "*parcial*", toda vez que el acreedor es quien determina la extensión de la remisión. Pero cabe recordar que como los intereses son algo diverso al capital, algunos autores se pronuncian sobre que la remisión de la deuda de la obligación principal no se extiende a los intereses. Situación similar

---

147 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 92.

148 Lagrange, *Apuntes*..., agrega que debe recordarse que si la obligación es solidaria o indivisible no se afecta sino la parte del acreedor que hizo la entrega. Y si la obligación es múltiple, mancomunada o a prorrata, la sustitución del título hecha por uno de los acreedores, no es eficaz si los demás no la confirman.

149 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 92; Mélich Orsini, *La remisión de deuda*..., p. 235.

150 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 764 y 765; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 353; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 92-94; Mélich Orsini, *La remisión de deuda*..., pp. 236 y ss.

se refiere respecto de la remisión de obligaciones de ejecución continuada o periódica, en que no solo hay la posibilidad de condonar solo el pago del lapso transcurrido, sino la de excluir la permanencia de la obligación para el futuro. En cambio, en caso de una obligación única, aunque deba cumplirse por cuotas diferidas en el tiempo, la remisión de tal obligación sin mayor especificación tiende a interpretarse referida a la integridad de la deuda[151].

3.6.2. Se extinguen las garantías de la obligación, así como las obligaciones accesorias de la misma.

3.6.3. En caso de fianza, debe tenerse en cuenta los artículos 1328 al 1330 CC. El artículo 1328 CC dispone: "*La remisión o quita concedida al deudor principal aprovecha a sus fiadores; pero la otorgada a éstos no aprovecha a aquél*"[152]. Ello pues la obligación del fiador es accesoria a la del deudor principal. Por lo que la remisión otorgada al fiador no aprovecha al deudor principal en razón de dicha accesoriedad.

El artículo 1329 CC prevé: "*La remisión hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin consentimiento de los demás, aprovecha a éstos por la parte de deuda de aquél a quien se hizo la remisión*".

El artículo 1330 CC señala: "*En todo caso, lo que el acreedor haya recibido de un fiador para libertarlo de la fianza, debe imputarse a la deuda en descargo del deudor principal y de los demás fiadores*"[153].

Finalmente, deben recordarse las normas del CC contenidas en los artículos 1246 en materia de solidaridad entre acreedores; el 1231 en materia de solidaridad pasiva y el 1255[154] respecto de las obligaciones indivisibles.

4. Confusión[155]

4.1. *Noción*

La confusión constituye un modo de extinción de la obligación que acontece cuando una misma persona reúne simultáneamente la condición de

---

[151] Mélich Orsini, *La remisión de deuda...*, pp. 236 y 237.

[152] Véase: *ibid.*, pp. 237-240.

[153] *Ibid.*, pp. 241 y 242.

[154] Véase: *ibid.*, pp. 242 y 243.

[155] Véase: Abril Campoy, Juan Manuel: *La confusión de derechos.* Valencia-España, Tirant Lo Blanch, 35, 1995; Jiménez Salcedo, M. Carmen: *Algunas reflexiones sobre la confusión como modos de extinción de las obligaciones*. Pp. 481-492 http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2275/1/AD-7-24.pdf ; Ledesma Uribe, José de Jesús*: La confusión como forma de extinción de las obligaciones del Derecho Romano al Derecho Actual*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/111/dtr3.pdf; Mélich Orsini, José: *Modos...,* pp. 207-224; Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 354-356; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. II, pp. 94-97; Casas Rincón, *ob. cit.,* pp. 567-569; Sanojo, *ob. cit.,* pp. 167 y 168; Calvo Baca, **ob. cit.,** pp. 295-298; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345...;* Ghersi, *ob. cit.,* pp. 457-462; Ospina Fernández, *ob. cit.,* pp. 456-460; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.,* T. II, pp. 664-669; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.,* pp. 409-413; Mazeaud y otros, *ob. cit.,* Parte Segunda, Vol. III, pp. 387-389.

deudor y de acreedor[156]. Se trata del concurso en el mismo sujeto de dos cualidades que se destruyen mutuamente[157].

Indica el artículo 1342 del CC: "*Cuando las cualidades de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona, la obligación se extingue por confusión*". Por lo que no tiene sentido jurídico la coexistencia de ambas condiciones en un mismo sujeto. Vale recordar que las relaciones jurídicas acontecen al menos entre dos sujetos.

"No tendría sentido que la persona se exigiera a sí misma la realización de la prestación"[158] por lo que supone una imposibilidad subjetiva de cumplimiento[159] pues nadie puede detentar un derecho de crédito contra sí mismo[160]. Se produce cuando un mismo sujeto simultáneamente posee el doble carácter de deudor y acreedor.[161]

Se presenta como una consecuencia necesaria de que existe una imposibilidad conceptual y jurídica de que haya una obligación sin la existencia al menos de dos sujetos ligados por un vínculo de derecho. De allí que se diga que propicia la extinción de la obligación debido al hecho de que un mismo sujeto se reúnan las cualidades de deudor y acreedor[162]. Pues es absurdo o inconcebible que una persona se pague a sí misma o se auto exija el cumplimiento de la prestación[163].

En materia de derechos reales su equivalente se llama "consolidación"[164]. Esta última supone que un derecho real limitado se extingue cuando en cabeza de la misma persona vienen a reunirse las condiciones de propietario y de titular del derecho real limitado: una persona no puede ser simultáneamente propietario y usufructuario de la cosa, porque el derecho de propiedad siendo de contenido más amplio lo absorbe[165].

---

[156] Véase: ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 24, concurren en un solo sujeto ambas condiciones pues "la extinción de las obligaciones debido al hecho de que en un mismo sujeto se reúnan las cualidades de deudor y acreedor"; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 312, titularidad activa y pasiva de la obligación en un mismo sujeto.

[157] POTHIER, *ob. cit.*, p. 383.

[158] GHERSI, *ob. cit.*, p. 457.

[159] ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 665.

[160] ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 177.

[161] "Ello sucede muy ocasionalmente, como por ejemplo, cuando el estado se convierte en heredero patrimonial de un deudor tributario, verbigracia, las herencias vacantes". Véase: Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140 , http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html ; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140 , http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html.

[162] Véase: ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 24.

[163] LASARTE, *Derecho...*, p. 160.

[164] Véase: ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 664; ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 18.

[165] LAGRANGE, *Apuntes...* como tampoco podría ser un mismo sujeto propietario de un fundo y enfiteuta del mismo.

Se trata para algunos de una "forma de extinción de la relación obligatoria por imposibilidad sobrevenida que tiene el efecto principal de liberar al deudor de la obligación, de resolver el vínculo obligatorio. En realidad, son efectos de cumplimiento sin ser cumplimiento de la obligación, ya que precisamente por la imposibilidad de que una persona se pague a sí misma, la prestación realmente no podía realizarse y por lo tanto, no podemos hablar de confusión como pago propiamente dicho"[166]. Puede ser total o parcial. Para la mayoría se traduce en una forma de extinción del vínculo aunque para algunos puede funcionar como una imposibilidad subjetiva, según veremos de seguida.

4.2 *Naturaleza*

Se ha sostenido que la confusión no constituye propiamente un modo de extinción de la obligación, sino una "paralización de la acción" toda vez que lo que existe es una imposibilidad transitoria de pagar, pues de modificarse las circunstancias la obligación readquirirá inmediatamente subsistencia; produciendo simplemente un estado de latencia[167]. Se ha visto más bien la figura como un "obstáculo" al cumplimiento de la obligación[168], esto es, un obstáculo para el ejercicio material del derecho[169].

Al efecto, refiere Sanojo que propiamente no genera la extinción de la obligación sino realmente la extinción del pago en la persona del deudor. Por lo que cuando no haya imposibilidad de coexistencia de los dos caracteres en la misma persona el crédito subsiste[170]. En tal sentido indica Mélich que la confusión puede no extinguir sino "paralizar" cuando sus efectos cesan; mientras las cualidades de deudor y acreedor se reúnen[171]. El autor reseña ampliamente una "*controversia acerca del fundamento atribuido al efecto extintivo de la confusión*"[172].

De allí que se afirme que no siendo la extinción producida por la confusión sino el resultado de la imposibilidad de ejecutar la obligación, debemos concluir que la extinción del derecho sólo se produce dentro de los límites de esta imposibilidad[173].

"Normalmente, la reunión de las cualidades de deudor y acreedor en una misma persona se produce como consecuencia de la sucesión hereditaria. La circunstancia de que en una misma persona se fundan las cualidades

[166] Jiménez Salcedo, *ob. cit.*, p. 491.

[167] Véase: Ghersi, *ob. cit.*, p. 458; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 95.

[168] Véase: Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 388; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 777, desde cierto punto de vista la confusión es más bien, un obstáculo al cumplimiento de la obligación que un modo de extinción de la misma; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 381.

[169] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 567.

[170] Sanojo, *ob. cit.*, pp. 167 y 168.

[171] Mélich Orsini, *Modos...*, p. 216.

[172] Véase: *ibid.*, pp. 209 y ss.

[173] Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 568.

antitéticas de sujeto pasivo y activo de la obligación, produce la inmediata consecuencia de la desaparición del presupuesto fundamental de la obligación, esto es, la distinción de los elementos subjetivos, haciendo imposible la realización de la prestación"[174].

Se indica así que una tendencia interpretativa indica que la confusión no da lugar a la extinción de la obligación sino que tan sólo produce una parálisis de la acción del acreedor[175]. Por contraposición a la otra tentativa interpretativa que indica que el efecto extintivo se debe a la contraposición de situaciones en una misma relación; se trata de dos cualidades que se destruyen mutuamente[176].

Pero ante tal elenco de autorizadas opiniones doctrinales pareciera impracticable intentar construir una teoría general de la confusión[177]. Ello no obstante el carácter *ipso iure* que la doctrina extranjera le adjudica como forma de extinción de las obligaciones[178], pues en otros países existe disposición que indica que opera de pleno derecho[179].

4.3. *Casos de confusión*

Propicia la confusión todo hecho por el que se verifique una sucesión a titulo universal y a título particular[180]. Ocurre generalmente en los casos de sucesiones a título universal (ej. heredero)[181] no aceptada a beneficio de inventario[182] o donde no medie la separación de patrimonios[183] y en las sucesiones a título particular (ej. cesión de crédito). Se alude así a las causas *mortis causa e inter vivos*[184].

"La confusión se produce ordinariamente por acto *mortis causa*: así la adquisición de una herencia respecto de cuya causante el heredero era acreedor o deudor; pero puede producirse también por acto *inter vivos,* por ejemplo, porque el deudor compra su crédito o porque la titularidad

---

[174] JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 481.

[175] ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 29.

[176] *Ibid.*, p. 31.

[177] *Ibid.*, p. 32.

[178] ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 312

[179] ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 668.

[180] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 92; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 354 y 355; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 207 y 208.

[181] Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 387.

[182] La confusión se produce en el caso de la aceptación pura y simple. Pues en el supuesto de la aceptación a beneficio de inventario no se produce la confusión entre el patrimonio del heredero y el de su causante. Según se dispone en el artículo 1036 CC.

[183] *Ibid.*, p. 388, la confusión supone que los derechos del acreedor y deudor se han confundido realmente. El patrimonio del difunto permanece separado del heredero en caso de que éste haya aceptado a beneficio de inventario y cuando los acreedores del *de cujus* se valen de la separación de patrimonios.

[184] Véase: ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, pp. 68-80.

de un crédito contra sí mismo resulta de la adquisición de una situación o posición jurídica que comprendiese dicho crédito"[185].

La confusión no opera en el caso de herencia aceptada a beneficio de inventario, porque dicho beneficio precisamente evita la confusión entre el patrimonio del causante y del heredero beneficiario[186].

4.4. *Elementos de la confusión*[187]

Se precisa a los efectos de que opere la figura:

4.4.1. La existencia de una relación obligatoria.

4.4.2. Reunión de cualidades de acreedor y deudor en una misma persona.

4.4.3. Que ocurra entre acreedor y deudor principal.

4.5. *Efectos de la confusión*[188]

Con la confusión la obligación se extingue, así como sus accesorios o garantías (reales o personales). Bien sea total o parcialmente, esto último cuando recaiga sobre parte de la obligación. Se habla también de confusión parcial, en caso por ejemplo, de sucesión de varios herederos o en el supuesto de una deuda solidaria[189].

Según el artículo 1343 CC: "*La confusión que se efectúa en la persona del deudor principal aprovecha a los fiadores. La que se efectúa en la persona del fiador, no envuelve la extinción de la obligación principal*".

Si la obligación es solidaria se extingue solo por la parte correspondiente. Al efecto, indica el artículo 1232 CC: "*La confusión liberta a los otros codeudores por la parte que corresponda a aquél en quien se hayan reunido las cualidades de acreedor y deudor*".

Si la obligación es indivisible la confusión ocurrida con uno de los acreedores o deudores deja a los otros el derecho de pedir la totalidad de la obligación o de pagarla, salvo la indemnización al deudor[190]. Algunos afirman que la confusión más que extinguir la deuda la vuelve irrealizable por recaer en la misma persona las cualidades de deudor y acreedor. Y

---

[185] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 149.

[186] Véase: Casas Rincón, *ob. cit.*, p. 569.

[187] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 355; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 777 y 778; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 95.

[188] Véase: Abril Campoy, *ob. cit.*, pp. 80-111; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 93; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 355 y 356; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 778.

[189] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 389, la *confusión especial* acontece cuando se reúne en la misma persona varios créditos y deudas; Mélich Orsini, José: *Modos...*, p. 218, puede tener aplicación total o parcial, si opera sobre la integridad de la obligación o solo alcanza una fracción de esta.

[190] Explicaba Lagrange (*Apuntes...*) que si la obligación es indivisible, la confusión ocurrida en uno de los acreedores o de los deudores, deja a los otros acreedores la faculta de exigirla o los otros deudores el deber de pagar la obligación salvo la indemnización debida al deudor en cuya persona se produjo la confusión.

excepcionalmente la deuda pudiera renacer si la coincidencia temporal de tales cualidades se perdiera[191].

5. Prescripción[192]

5.1. *Generalidades*

La prescripción en un sentido amplio es la "pérdida o adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo"[193]. La prescripción *adquisitiva* o *usucapión* supone la adquisición de un bien o derecho por el transcurso del tiempo bajo las condiciones de ley; constituye una de las formas de adquisición de la propiedad. La prescripción *extintiva* por contrapartida es un medio de liberarse de una obligación o la pérdida de un derecho para su titular, por el transcurso de tiempo"[194]. La extintiva tiene un alcance mayor que la adquisitiva pues aplica a acciones personales mientras que la adquisitiva aplica a derechos reales[195].

Se afirma que la prescripción extintiva –que es la que nos interesa en el ámbito de las Obligaciones– puede definirse como la pérdida del derecho subjetivo por efecto de la inercia o el no uso de parte del titular por un período de tiempo determinado por la ley[196]. El CC trata la figura en el Libro Tercero del último Título, a saber, el Título 24, a partir del artículo 1952. Se le ha criticado al código sustantivo la regulación conjunta de la prescripción adquisitiva y de la prescripción extintiva, por tratarse de figuras sustancialmente diferentes[197].

---

[191] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 142.

[192] Véase: Mélich Orsini, José: *La prescripción extintiva y la caducidad*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002; Mélich Orsini, José*: La interrupción de la prescripción*. En: Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, Tomo II, pp. 107-150; Arroyo Amayuellas, Esther: *Efectos de la prescripción extintiva*. En: La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Valencia-España, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 235-318; Rodríguez, Claudia B. y José Luis Amadeo: *La prescripción según la jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000; Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 357-370; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 97-134; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 377-381; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 299-329; *La prescripción: doctrina, legislación y jurisprudencia* (autores varios).Caracas, Ediciones Fabretón, 1982; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 1072-1114; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 406-442; Pulido Mendez, Víctor: *La prescripción de las acciones derivadas del cheque*. En: Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, Coord. Alfredo Morles e Irene de Valera, Vol. II, pp. 1747-1795.

[193] Véase: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm "La prescripción, es una vieja institución heredada, desde tiempos inmemorables, por el Derecho Civil, es propia del denominado Derecho Común que, consiste en adquirir un derecho o liberarse de una obligación por el paso de determinado tiempo y dada, ciertas circunstancias estipuladas por la Ley".

[194] Domínguez Guillén, *Diccionario*..., p. 132.

[195] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 358.

[196] *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.,* p. 218.

[197] Lagrange, *Apuntes*.... En un futuro la prescripción adquisitiva debería integrarse a las normas relativas a la posesión y las de prescripción extintiva ubicarlas en un parte general que fuera aplicable tanto al derecho de crédito como al derecho real.

La palabra "prescripción" deriva de *prae-scriptio*, de limitación temporal en el Derecho Romano. Llegándose a identificar con excepción de extinción de derecho por causa de la tardanza en la demanda[198]. Dispone el artículo 1952 del CC: "*La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la Ley*".

A tal definición se le objeta que no especifica los requisitos de ley; que limita la prescripción extintiva a los derechos de obligaciones cuando es una figura predicable respecto de los derechos reales limitados (CC arts. 619, 631, 752, 1908 y 1977). Se acota que el objeto de la prescripción extintiva es el derecho subjetivo, pues pretender que se trata de la acción habría que acotar que no hay derecho si no se tiene la posibilidad de ejercerlo mediante un acción; quien tiene el derecho tiene la acción, quien no tiene la acción es porque no tiene el derecho[199].

5.2. *Naturaleza*

Tradicionalmente se ubica entre los modos de extinción de las obligaciones[200], aunque el Código Civil no la trata sistemáticamente dentro de estos sino a partir de los artículos 1952 y siguientes. Para algunos la prescripción extintiva en materia de obligaciones *no extingue* propiamente la obligación sino que confiere al deudor demandado una defensa de fondo; en todo caso de pagarse o cumplirse la obligación prescrita no cabe alegar pago de lo indebido porque se trata de una obligación natural[201]. Se afirma así que la prescripción no extingue la obligación sino la acción, dejando subsistente una obligación natural[202].

Razón por la que Moisset acertadamente la percibe como una forma de extinción muy diferente a los demás[203]. "La hostilidad contra la prescripción extintiva ha venido de un escrúpulo moral" pero pese a ello se encuentra en todas las legislaciones, quedando su alegación a la conciencia de cada quien[204].

---

[198] MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 9.

[199] LAGRANGE, *Apuntes...*, propone la siguiente definición; es un modo o medio por el cual mediante el transcurso del tiempo se extingue un derecho subjetivo capaz de ejercicio reiterado por efecto de la falta de ejercicio. Hay derechos imprescriptibles como los de la personalidad, los de familia, las acciones de estado, el derecho de propiedad, los derechos facultativos, la petición de herencia (aunque sí los derechos en la herencia contenidos), la división de la comunidad, el registro de un documento, así como la excepción de anulabilidad a tenor del artículo 1346 CC.

[200] Véase: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm "La prescripción, es pues un medio de extinción de las obligaciones así como un medio para adquirir un derecho, lo que ha llevado a la doctrina especializada en la materia, a clasificar esta institución, según el derecho que se adquiere o la obligación que se extingue, en prescripción extintiva y adquisitiva".

[201] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 132; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 98 y 99. Véase *supra* tema 4.

[202] MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 406; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 386.

[203] MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.,* T. III, p. 163.

[204] MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 14.

Lete indica que "la prescripción no da lugar a la extinción de la relación obligatoria, sino que únicamente permite al deudor ampararse en ella, alegarla y no cumplir con su deber de prestación"[205].

5.3. *Fundamento*

La figura se justifica por razones de *orden público*[206] y *seguridad jurídica*, pues de no existir la misma las relaciones obligatorias quedarían en una suerte de perpetuidad contraria a su naturaleza y dificultándose la prueba de su liberación. De allí que tiende al orden social pues no deben ampararse los derechos de manera indefinida cuando su titular no los ejercita por largo tiempo[207]. Constituye adicionalmente una sanción para el acreedor negligente[208]. De allí que la paz social impone evitar discusiones sobre títulos que se han perdido o cuya memoria se ha borrado[209].

Amén de su utilidad pública también podría fundamentarse en una presunción de renuncia al derecho[210]. Aunque algunos consideran superada tal tesis, pues en todo caso el deseo de la ley es que haya coincidencia entre las relaciones jurídicas y las relaciones de hecho[211]. La prescripción tiene una génesis muy sencilla, cual es, la contrariedad a las leyes de la lógica y de los derechos elementales y fundamentales del hombre, el subyugamiento indefinido a nuestras obligaciones. Es por ello que, incluso, prescriben las acciones del Estado para perseguir un hecho punible, tal como el homicidio[212].

En definitiva, si la obligación es por esencia "*transitoria*", la relación obligatoria no puede reclamarse indefinidamente si el acreedor no ha mantenido activo su derecho respecto del deudor. La seguridad jurídica reclama que las relaciones obligatorias no permanezcan activas eternamente ante la inercia del acreedor y el transcurso de tiempo. El orden público y el interés social permiten que la figura se erija como una necesidad para el Derecho. Sería absurdo tener que resguardar la prueba de las obligaciones perpetuamente. La prescripción evidencia la relevancia del tiempo para el orden jurídico.

---

205 LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 195.

206 Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 411, de todas las instituciones del Derecho Civil la prescripción es la más necesaria para el orden social; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 100.

207 SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 123; TSJ/SConst., Sent. 854 del 17-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179658-854-17715-2015-15-0325.HTML.

208 MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 16.

209 PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 726.

210 RODRÍGUEZ y AMADEO, *ob. cit.*, p. 15, su finalidad reside en la conveniencia general de concluir situaciones inestables y dar seguridad y firmeza a los derechos.

211 LAGRANGE, *Apuntes...* Lagrange sin embargo, señala que ha sido superada la teoría subjetiva basada en la presunción de abandono.

212 Véase: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm.

5.4. *Caracteres*[213]

5.4.1. No opera de derecho: Dispone el artículo 1956: "*El Juez no puede suplir de oficio la prescripción no opuesta*". Por lo que la prescripción no es apreciable de oficio por los tribunales, sino que debe ser alegada por quien pretende beneficiarse de ella[214]. Pues se agrega que el riesgo de error judicial podría ser elevado pues mal podría el Juzgador estar en condiciones de apreciar los avatares que aquella haya sufrido[215]. El efecto extintivo de la prescripción sólo se produce una vez alegada y apreciada judicialmente[216].

5.4.2. Es irrenunciable anticipadamente: Por ser de *orden público*[217] la figura en general (no en el mismo sentido que la caducidad) no se puede renunciar por anticipado, a diferencia de lo que acontece respecto de la compensación[218].

Dispone el artículo 1954: "*No se puede renunciar a la prescripción sino después de adquirida*". Esto es, se puede renunciar a la prescripción a *posteriori*, una vez consumada en el sentido de no oponerla. Es el caso del deudor que contesta el fondo de la demanda y no opone la defensa de la prescripción. Pero mal puede renunciarse a ella por anticipado pues en razón de la norma indicada no es posible considerar que podría entrar en aplicación la autonomía de la voluntad. Vale recordar que la figura tiene entre su fundamento el orden público y la seguridad jurídica.

"Está prohibida, pues, la renuncia anticipada de la prescripción, porque está interesado el orden público", que busca la seguridad y estabilidad jurídica. Es la aplicación del mismo sistema que aplica a la renuncia de los derechos en general, se puede renunciar a todo aquello en que esté en juego un interés individual[219]. Si estuviere permitida la renuncia anticipada de la prescripción –como acontece con la compensación– se convertiría en una cláusula de estilo que derogaría la figura.

Prevé el artículo 1957 CC: "*La renuncia de la prescripción puede ser expresa o tácita. La tácita resulta de todo hecho incompatible con la voluntad de hacer uso de la prescripción*". Esa renuncia ya sea expresa o tácita es pues posterior a la consumación de la prescripción.

---

[213] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 359 y 360.

[214] Véase: Arroyo Amayuellas, *ob. cit.*, pp. 244-252; Rodríguez y Amadeo, *ob. cit.*, p. 16; Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm "el Código Civil prohíbe a los órganos correspondientes, declarar la prescripción de oficio, pues esta es una excepción que debe oponer aquél que pretende beneficiarse de ella, contra el ejercicio de la acción del acreedor".

[215] Arroyo Amayuellas, *ob. cit.*, p. 248.

[216] *Ibid.*, p. 250, su alegato extraprocesal precisa de prueba por parte del deudor, que de seguro precisará del examen del Juzgador en el curso del proceso.

[217] Véase: Rodríguez y Amadeo, *ob. cit.*, p.15, la prescripción es una institución de orden público.

[218] Véase: CC, art. 1335, ord. 4.

[219] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 169.

Cabe citar también el artículo 1958 *eiusdem*: "*Los acreedores o cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, pueden oponerla, aunque el deudor o el propietario renuncien a ella*". La prueba de la prescripción corresponde al que la alega[220].

5.4.3. *No requiere de la buena fe*: A diferencia de algunas especies de prescripción adquisitiva, la prescripción extintiva no precisa de buena fe de quien se beneficia de ella, pues el transcurrir del tiempo opera o es ajeno a tal concepto.

5.4.4. *Se hace valer generalmente por vía de excepción pero es alegable excepcionalmente por vía de acción*: La figura generalmente funciona como defensa de fondo o de mérito del deudor demandado[221], según se evidencia de los artículos 1956, 1958 y 1984 CC. Pero luego de admitirse que normalmente la prescripción es opuesta por vía de excepción, se concluye que no hay razón para excluir que ella pueda ser objeto de una acción merodeclarativa con base al artículo 16 del CPC[222]. Así lo evidencia la praxis tribunalicia refleja acciones merodeclarativas de prescripción extintiva[223] (por ejemplo, a los fines de la liberación de hipoteca).

En el ordenamiento español igualmente se admite que la eficacia natural defensiva de la prescripción no excluye la eficacia ofensiva que el deudor también puede hacer valer por vía de acción en un juicio declarativo[224].

5.5. *Condiciones*[225]

5.5.1. *Inercia del acreedor*: La inercia del acreedor supone la necesidad de exigir el cumplimiento al deudor o también la posibilidad de ejercer efectivamente la acción contra éste. Y no obstante, el acreedor no ejecuta dicha exigencia o acción[226].

---

[220] Mélich Orsini, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 46.

[221] Véase: Juzgado del Municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 25-4-08, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/1987-25-FP02-T-2008-000010-PJ0242008000032.html.

[222] Mélich Orsini, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 45.

[223] Véase entre otras: Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 28-11-13, Exp. AP71-R-2013-000602/ 6.526 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/NOVIEMBRE/2147-28-AP71-R-2013-000602-6.526-23.HTML ; Juzgado de los Municipios Manuel Ezequiel Bruzual y Francisco del Carmen Carvajal de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 15-1-08, Exp. CC-240-2006 http://anzoategui.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/ENERO/1096-15-CC-240-2006-052.HTML ; Juzgado Vigésimo Segundo de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, en Los Cortijos, Sent 22-3-10, Exp. AP31-V-2007-001720 , http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MARZO/2170-22-AP31V2007001720-.HTML ; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 17-3-10, Exp. FP02-V-2009-002100, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1973-17-FP02-V-2009-002100-PJ0182010000109.html.

[224] Arroyo Amayuellas, *ob. cit.*, p. 268, que pudiera servir para solicitar la devolución del bien garantizado, pedir la cancelación registral de la hipoteca.

[225] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp.101-130; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 360-368.

[226] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 360.

En las posibilidades de ejercer la acción se estudia la **suspensión**[227] de la prescripción.

Dispone el artículo 1964: "*No corre la prescripción:*

1º. Entre cónyuges.

2º. *Entre la persona que ejerce la patria potestad y la que está sometida a ella.*

3º. Entre el menor o el entredicho y su tutor, mientras no haya cesado la tutela, ni se hayan rendido y aprobado definitivamente las cuentas de su administración.

4º. Entre el menor emancipado y el mayor provisto de curador, por una parte, y el curador por la otra.

5º. Entre el heredero y la herencia aceptada a beneficio de inventario.

6º. *Entre las personas que por la Ley están sometidas a la administración de otras personas, y aquéllas que ejercen la administración*".

Agrega el artículo 1965 del CC que: "*No corre tampoco la prescripción:*

1º. Contra los menores no emancipados ni contra los entredichos.

2º. Respecto de los derechos condicionales, mientras la condición no esté cumplida.

3º. Respecto de los bienes hipotecados por el marido para la ejecución de las convenciones matrimoniales, mientras dure el matrimonio.

4º. Respecto de cualquiera otra acción cuyo ejercicio esté suspendido por un plazo, mientras no haya expirado el plazo.

5º. Respecto a la acción de saneamiento, mientras no se haya verificado la evicción".

Hay dos categorías o clases de causas de suspensión; unas relacionadas con la condición especial del titular del derecho (ordinal 2, 3, art. 1965 CC) y las que se fundan en la especial relación que liga al titular del derecho con la persona obligada (1964 y 1985 CC). Las causas de suspensión son *taxativas* y no se admite la analogía[228], toda vez que se afirma que la prescripción y la caducidad son objeto de interpretación estricta por tratarse de instituciones de orden público asociadas a la seguridad jurídica[229]. Otros más bien promueven que como tales instituciones suponen la pérdida del derecho, más bien ha de ser objeto de interpretación restrictiva[230]. Pero cabe recordar

---

[227] Véase: Ureña Martínez, Magdalena: *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho Civil.* Granada, Comares, 1997, pp. 184 y ss.

[228] Lagrange, *Apuntes*...

[229] Véase: Bravo de Mansilla, Guillermo Cerdeira: *Entre la seguridad y la justicia: el juego de la interpretación, y de la analogía, en materia de prescripción y caducidad.* En: La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Valencia-España, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 416-420.

[230] Véase: *ibid.*, p. 437. En el mismo sentido: Rodríguez y Amadeo, *ob. cit.*, p. 16, debe ser interpretado restrictivamente y con suma prudencia en cuanto tiende a la pérdida de las acciones.

que respecto de las normas de excepción está excluida la "analogía", más no necesariamente la interpretación extensiva, que configura un supuesto de interpretación y no de integración[231]. Se afirma que señalar que la prescripción corre contra todos, no significa que corra en todos los supuestos sin excepción alguna y sin posibilidad de suspender su transcurso[232].

Las anteriores causas de suspensión tienen diversos fundamentos: la naturaleza del objeto y las modalidades del crédito, tales como la suspensión de los créditos a término, la condición suspensiva y la acción de saneamiento, pues la prescripción solo ocurría después de haber operado la evicción. Las que obedecen a ciertas cualidades del deudor o las especiales relaciones entre acreedor y deudor (menores no emancipados)[233].

Efectos de la ***suspensión***: la figura impide que la prescripción continúe corriendo, pero no suprime el lapso de prescripción ocurrido antes de la causal. "La suspensión de la prescripción alude al no curso del término de prescripción, bien por causa existente en el momento en que tal término debía haber comenzado a correr, bien por una causa sobrevenida cuando ya el termino había comenzado a correr"[234]. De tal suerte que la suspensión inutiliza para la prescripción el tiempo para el cual ella ha durado pero aprovecha el tiempo anterior o posterior a ella[235]. Para algunos la interrupción supone una inercia injustificada del titular en tanto que la suspensión una inercia justificada por una particular situación prevista en la ley[236]. Una causa de suspensión impide que el lapso de prescripción comience a correr por causa inherentes a las personas de la relación jurídica y al cesar la causa, el lapso se reanuda y el tiempo que hubiera transcurrido antes de sobrevenir la causa de suspensión se añade al tiempo que transcurrirá después de que esa causa de suspensión cese. De modo que hay como un "*paréntesis*" correspondiente al tiempo que dure la causa[237].

La **interrupción**: Distinta a la suspensión, se presenta la "interrupción", en la que el ejercicio de la acción o la voluntad de ejercer el derecho interrumpe o corta la prescripción, esto es borra, destruye o inutiliza el tiempo transcurrido, teniendo que empezar a correr de nuevo (empezar desde cero)[238].

---

[231] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 494-497.

[232] Ureña Martínez, *ob. cit.*, p. 67.

[233] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 361 y 362.

[234] Mélich Orsini, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 105.

[235] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 185.

[236] *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 221.

[237] Véase: Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 389, representa un compás de espera en el curso del plazo; no borra el lapso transcurrido, solamente lo enerva o congela impidiendo su continuación.

[238] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III. Véase también: Moisset de Espanés, Luis: *Interrupción y suspensión. Sus distintos fundamentos*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

La interrupción se asocia a toda actividad oportunamente realizada por un sujeto legitimado para ello, que manifiesta de forma expresa o tácita, la inequívoca voluntad de ejercitar su derecho, impidiendo la prescripción e inutilizando el tiempo transcurrido para la misma[239]. En la interrupción el lapso de prescripción no se reanuda porque el tiempo anterior al acto interrumpido se pierde y no se adiciona al tiempo anterior. Puede ser civil o natural, la primera se refiere tanto a la extintiva como a la adquisitiva, la natural solo esta última.

Refiere el artículo 1967 del CC: "*La prescripción se interrumpe natural o civilmente*"[240]. La prescripción natural no es aplicable al Derecho de Obligaciones[241]. Refiere Mélich "interrumpir la prescripción es hacer inútil el tiempo que haya transcurrido para el cumplimiento del lapso de prescripción previsto para la extinción del respectivo derecho"[242]. El acto interruptivo ha de ser oportunamente realizado. Para ello es necesario que el acto productor de los efectos interruptivos se haya realizado dentro del plazo marcado por la ley. Es decir, una vez que se haya iniciado su cómputo, pero con anterioridad a la consumación por el transcurso del plazo legalmente establecido[243]. "El acto interruptivo de la prescripción debe producirse antes de completarse el cómputo, no después. Una vez ganada o completado el cómputo, resulta inefectivo interrumpir por el acreedor, solo cabe la renuncia por el deudor, de conformidad con el art. 1957 del Código Civil".[244]

Causas de interrupción[245]: Están referidas en el artículo 1969 del CC: "*Se interrumpe civilmente en virtud de una demanda judicial, aunque se haga ante un Juez incompetente, de un decreto o de un acto de embargo notificado a la persona respecto de la cual se quiere impedir el curso de la prescripción, o de cualquiera otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación. Si se trata de prescripción de créditos, basta el cobro extrajudicial*[246]. *Para que la demanda judicial produzca interrupción, deberá registrarse en la Oficina correspondiente, antes de expirar el lapso de la prescripción, copia certificada del libelo con la orden de comparecencia del demandado,*

---

239 URESTA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 136.

240 Agrega el 1968 CC: "*Hay interrupción natural, cuando por cualquiera causa deje de estar el poseedor en el goce de la cosa por más de un año*".

241 LAGRANGE, *Apuntes...*

242 MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 121.

243 UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 138, es necesario que el plazo de prescripción extintiva no se haya consumado, puesto que transcurrido éste no puede producirse ya interrupción.

244 Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-11-09, Exp. AP31-M-2008-000252 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/noviembre/2153-18-AP31M2008000252-.html.

245 Véase: UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 153 y ss.

246 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000460 de 5-10-11, el correo electrónico vale como documento privado o fotocopia, esto es, debe ser impugnado si se opone.

autorizada por el Juez[247]*; a menos que se haya efectuado la citación del demandado dentro de dicho lapso*".

De tal suerte que la interrupción de la prescripción opera extrajudicial o judicialmente. La primera mediante cualquier acto que acredite el *"***cobro extrajudicial**". La interrupción judicial puede acontecer mediante el *"**registro**" de la demanda, del auto de admisión y de la orden de comparecencia, así como también puede interrumpirse mediante la *"**citación**" del demandado. Se agrega un decreto, o un acto de embargo notificado a la persona respecto de la cual se quiere impedir el curso de la prescripción, o de cualquiera otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación. Puede acontecer ante un Juez incompetente.

En efecto señala el artículo 1979 CC "*Para interrumpir la prescripción, la demanda judicial puede intentarse contra un tercero a efecto de hacer declarar la existencia del derecho, aunque esté suspenso por un plazo o por una condición*".

El Artículo 1971 CC dispone: "*El registro por sí solo no interrumpe la prescripción de la hipoteca*".

Finalmente prevé el artículo 1972 CC: "*La citación judicial se considerará como no hecha y no causará interrupción: 1º. Si el acreedor desistiere de la demanda, o dejare extinguir la instancia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. 2º. Si el deudor demandado fuere absuelto en la demanda*".

De tal suerte que respecto a los actos que logran interrumpir la prescripción, cabe decir que salvo las formalidades previstas para los derechos reales, respecto de los créditos *basta el cobro extrajudicial*, es decir, cualquier acto que sea capaz de poner en mora al deudor. Se indica que puede ser verbal o escrito pero éste último conviene a los efectos probatorios. No se precisa cobro por medio del Juez[248].

Dice Mélich que no cabe duda que "cualquier requerimiento u acto equivalente, en el sentido de nuestro artículo 1269 CC interrumpe el curso de la prescripción"[249]. Y refiere que "nuestra jurisprudencia ha considerado que la interrupción de la prescripción se produce aun antes de toda citación personal del deudor o del registro de la demanda, desde que resulta comprobado que el deudor ha tenido conocimiento cierto de la voluntad del acreedor de no abandonar su derecho", pero considera que dicha postura

---

[247] Indicaba Lagrange (*Apuntes*...) que refiere la jurisprudencia que a los fines de producir la interrupción de la prescripción; se precisa registrar copia certificada que contenga libelo, orden de comparecencia, solicitud que haga al Juez la parte demandante para que se expida la copia y el auto del tribunal en el cual se ordena la expedición de la copia. El acto de registro tendría una eficacia interruptiva instantánea y al día siguiente del registro comenzaría a correr un nuevo lapso de prescripción.

[248] Lagrange, *Apuntes*...

[249] Mélich Orsini, *La prescripción extintiva y la caducidad*..., p. 139.

es contraria a la idea que la interrupción precisa un acto notificado[250]. Pero según indicamos, el cobro extrajudicial no precisa formalidad alguna según la norma, mientras sea susceptible de prueba.

En materia de cobro extrajudicial refiere que igualmente la jurisprudencia considera que para interrumpir prescripción basta utilizar cualquier medio de prueba que demuestre que se ha exigido su pago antes de la consumación de la prescripción[251]. De la norma bajo examen se deriva que a falta de cobro extrajudicial para que la demanda interrumpa la prescripción debe ser "registrada" con el respectivo auto de admisión y orden de comparecencia, *no bastando la simple interposición o presentación*, no obstante que alguna decisión haya dejado entrever lo contrario[252].

También se interrumpe por el reconocimiento del deudor[253], según el artículo 1973 del CC: "*La prescripción se interrumpe también civilmente, cuando el deudor o el poseedor reconocen el derecho de aquél contra quien ella había comenzado a correr*". De tal suerte que el reconocimiento del deudor de la deuda también interrumpe la prescripción[254]. Puede tratarse de un acto directo o expreso así como tácito. Vale citar como ejemplo un comienzo de ejecución de la obligación, un pago parcial, pago de intereses, una delegación de deuda, solicitud de plazo mayor, discutir el monto de la deuda, otorgar una garantía, una promesa de pago, una liquidación de cuenta. La posición mayoritaria señala que dicho reconocimiento debe

---

[250] Véase: *ibid.*, p. 141, con inclusión de nota 403.

[251] *Ibid.*, p. 143, incluyendo nota 408; Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-11-09, Exp. AP31-M-2008-000252 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/noviembre/2153-18-AP31M2008000252-.html las citaciones "no aparecen recibidas por el demando, lo que le restaría eficacia, las mismas no contienen ninguna interpelación que se asimile a una gestión de cobranza extrajudicial; que pongan al deudor en mora de cumplir su obligación; ya que se limitan a citarlo para "tratar asunto de interés legal". Y si la interpelación al deudor no contiene la sustancia de lo que se interpela, no surte efecto para ponerlo en mora de cumplir, que es requisito indispensable para que se produzca la interrupción del curso de la prescripción, de acuerdo con el art. 1969 del Código Civil. Además —aún tomándolas en cuenta, a pesar de lo antes dicho— las tales citaciones de la Clínica Jurídica se habría producido después de ganada la prescripción decenal"; TSJ/SCC, Sent. 12-4-05, J.R.G., T. 221, pp. 500 y 501, a propósito de la prescripción prevista en materia de transporte aéreo se consideró que no se interrumpió la prescripción pues la citación del defensor judicial resultó nula, no se registró la demanda durante dicho lapso copia certificada debidamente autorizada por el Juez del libelo de demanda con la orden de comparecencia del demandado.

[252] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000682, Sent. 19-11-13 "...En ese sentido, la Sala procedió a verificar las actas que conforman el expediente, y se precisó que la fecha en que ***se suscribió el contrato de compraventa con pacto de retracto, fue el 8 de julio de 1998 y la acción fue interpuesta en fecha 30 de junio 2008, es decir, faltaban exactamente ocho (8) días para que prescribiera la acción, quiere decir que sí hubo interrupción de la prescripción,*** razón por la cual el juez de alzada debía pronunciarse sobre el resto de la controversia y declarar sin lugar el alegato de la prescripción".

[253] Véase: Ureña Martínez, *ob. cit.*, pp. 176-180. Véase también: Albiez Dohrmann, Klaus Jochen: *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios.* Granada, Comares, 1987; Gete-Alonso, Carmen: *El reconocimiento de deuda. Aproximación a su configuración negocial.* Madrid, Tecnos, 1995.

[254] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 271 del 2-5-07, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC-00271-020507-06741.HTM; Rodríguez y Amadeo, *ob. cit.*, p. 65, el reconocimiento de una obligación puede ser expreso o tácito e interrumpe la prescripción.

hacerlo el deudor frente al acreedor pero hay quien acepta que pueda ser hecho ante un tercero[255].

Y la interrupción aprovecha al fiador por ser accesorio, a tenor del artículo 1974 CC: "*La notificación de un acto de interrupción al deudor principal, o el reconocimiento que él haga del derecho, interrumpen la prescripción respecto del fiador*".

Vale tener en cuenta los artículos 1228 y 1249 del CC. Art. 1228: "*Las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción que existan respecto a uno de los deudores solidarios, no pueden ser invocadas contra otros. Sin embargo, el deudor que haya sido obligado a pagar, conserva su acción contra sus codeudores, aun cuando hayan sido liberadas por la prescripción*". Y el 1249 CC: "*Todo acto que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios aprovecha a los otros. La suspensión de la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios no aprovecha a los otros*".

El efecto interruptivo de la prescripción no se extiende de persona a persona, salvo el caso del fiador (1974 CC); respecto del acreedor solidario aprovecha a los otros (CC, 1249); pero en materia de solidaridad pasiva no perjudica a los demás deudores (1228 CC).

5.5.2. *Trascurso del tiempo fijado por la ley*: El tiempo que precisa la figura lo fija necesariamente la ley. La doctrina distingue las prescripciones ordinarias o largas de las prescripciones breves o cortas. Las primeras a su vez se subclasifican en de carácter real y de carácter personal.

Refería Lagrange que "el término de la prescripción siempre es un lapso de tiempo. Es un absurdo referirse a una prescripción instantánea". El lapso de prescripción comienza a correr el día en que el derecho subjetivo pudo ser hecho valer. Se alude en tal sentido a las causas "impeditivas" de la prescripción como circunstancias objetivas inherentes al derecho mismo que hacen imposible la consumación del tiempo. Estas son según el CC la condición suspensiva y el término suspensivo, porque en tales casos el derecho todavía no existe. Si la condición es resolutoria, la prescripción si puede comenzar a correr, porque entonces lo incierto es que el derecho llegue a extinguirse, de conformidad con el artículo 1965 CC en sus ordinales 2, 4 y 5[256]. El lapso de prescripción comienza a computarse o contarse a partir del momento del incumplimiento[257], esto es, "a partir del día del cual puede ser ejercitada la acción por el acreedor[258].

---

[255] Lagrange, *Apuntes*...

[256] Lagrange, *Apuntes*...

[257] Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 21-4-08, Exp. 29.169, http://zulia.tsj.gob.ve/**DECISIONES**/2008/ABRIL/516-21-29169-464.HTML.

[258] TSJ/SCC, Sent. N |20251 del 20-3-08, http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/R.C.%20251%20030800%2000-037.HTM existiendo un plazo mayor de dos años para el cumplimiento voluntario de la obligación establecida, debe tomarse éste como el de mayor beneficio para el deudor, de acuerdo

La doctrina española aclara que para el inicio del cómputo se precisa la posibilidad del ejercicio del derecho. Por lo que a *contrario sensu*, no se iniciará el cómputo si existe imposibilidad real de su ejercicio[259]. Ello a tono con la tutela judicial efectiva[260].

El presupuesto de la inactividad del titular del derecho no ha pasado desapercibido entre la doctrina que ha pretendido dotar de contenido volitivo el acto de la inercia. Se ha considerado que la inactividad es consecuencia de una ausencia de voluntad o de una voluntad de contenido negativo. Lo cierto es que la inactividad como presupuesto de la prescripción extintiva, despliega eficacia jurídica cuando el titular, estando en condiciones de poder ejercer su derecho (interrupción) no lo hace con independencia de que se presuma su abandono[261].

*Prescripción ordinaria: Dispone el artículo 1977 del CC: "*Todas las acciones reales se prescriben por veinte años y las personales por diez, sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe, y salvo disposición contraria de la Ley. La acción que nace de una ejecutoria se prescribe a los veinte años*[262]*, y el derecho de hacer uso de la vía ejecutiva se prescribe por diez años*"[263].

Se deduce de lo anterior que el *lapso de prescripción ordinario de las acciones personales es diez (10) años*[264].Ello se distingue de la prescripción decenal de derechos reales en el artículo 1979 CC[265].

*Prescripciones breves (CC, arts. 1980 a 1982).

Por tres (3) años: Dispone el art. 1980 CC: "*Se prescribe por tres años la obligación de pagar los atrasos del precio de los arrendamientos, de los intereses de las cantidades que los devenguen, y en general, de todo cuanto deba pagarse por años o por plazos periódicos más cortos*".

---

al citado artículo 1.214 del Código Civil, y en este sentido, el cómputo de la recurrida a los efectos de la interrupción de la prescripción es correcto.

[259] Ureña Martínez, *ob. cit.*, pp. 129-131.

[260] *Ibid.*, p. 345.

[261] *Ibid.*, p. 133.

[262] Esto se refiere a decir de Lagrange (*Apuntes*...) al derecho de hacer ejecutar una decisión judicial. El sujeto favorecido por una sentencia debe solicitarle al Juez su ejecución. Que es una prescripción distinta a la que se hace valer durante el juicio. Es la *actio iudicati* que prescribe a los 20 años.

[263] Indicaba Lagrange no verle mucho sentido a la referencia específica del procedimiento de "vía ejecutiva", toda vez que no se entiende como prescribe el derecho de hacer uso de ese procedimiento sin que a su vez prescriba el derecho de cual se trate, sea cual sea el procedimiento incluyendo el juicio ordinario.

[264] Véase también en materia mercantil: C.Comercio, artículo 132: "*la prescripción ordinaria en materia mercantil se verifica por el transcurso de diez años, salvo los casos para los cuales se establece una prescripción más breve por este Código u otra ley*".

[265] "*Quien adquiere de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble, en virtud de un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, prescribe la propiedad o el derecho real por diez años, a contar de la fecha del registro del título*".

Agrega el art. 1981 CC: "*Los abogados, procuradores, patrocinantes y demás defensores quedan libres de la obligación de dar cuenta de los papeles o asuntos en que hubiesen intervenido, tres años después de terminados éstos, o de que aquéllos hayan dejado de intervenir en dichos asuntos; pero puede deferirse juramento a las personas comprendidas en este artículo, para que digan si retienen los papeles o saben dónde se encuentran*".

Refiere Lagrange que la norma debería indicar que "se prescribe por 3 años en general todo cuanto deba pagarse por años o por plazos periódicos más cortos", tal como ocurre con la obligación de pagar los atrasos del precio de los arrendamientos y los intereses de los capitales que los devenguen; aunque éstos son sólo ejemplos pues la norma tiene un alcance más amplio. El artículo 1980 CC consagra una prescripción breve extintiva de obligaciones que representan frutos de capitales. Lo cual plantea una distinción entre obligaciones de capital y obligaciones de fruto, cuando deban pagarse por año o por plazos periódicos más cortos, en cuyo caso prescriben a los tres años. Sin embargo, no todo lo que se paga por plazos o cuotas prescribe a los 3 años como sería el caso de una compraventa a plazos que es una obligación de capital. Ahora bien, un préstamo de una cantidad de dinero al 12% de interés anual, supone que la obligación de pagar intereses es una obligación de fruto porque los intereses son frutos del capital. Y así si uno se obliga a pagar los cánones de arrendamiento prescribe a los tres años pues a tenor del artículo 552[266] CC se trata de una obligación de frutos civiles. Estos últimos se obtienen con ocasión de una cosa, tales como los intereses de los capitales. De allí que se deduce que el artículo 1980 CC se aplica a obligaciones de rédito, a obligaciones de fruto y no simplemente a obligaciones que deban pagarse por año o por plazos periódicos más cortos. Pues las obligaciones de capital en cambio quedan sujetas en principio si la ley no establece un lapso más breve a la prescripción decenal[267].

De conformidad con el artículo 1982 del CC s*e prescribe por dos años la obligación de pagar.*

1º. Las pensiones alimenticias atrasadas.

2º. A los abogados[268]*, a los procuradores, y a toda clase de curiales, sus honorarios, derechos, salarios y gastos. El tiempo para estas prescripciones*

---

[266] "*Los frutos naturales y los frutos civiles pertenecen por derecho de accesión al propietario de la cosa que los produce. Son frutos naturales los que provienen directamente de la cosa, con o sin industria del hombre, como los granos, las maderas, los partos de los animales y los productos de las minas o canteras. Los frutos civiles son los que se obtienen con ocasión de una cosa, tales como los intereses de los capitales, el canon de las enfiteusis y las pensiones de las rentas vitalicias. Las pensiones de arrendamiento se colocan en la clase de frutos civiles. Los frutos civiles se reputan adquiridos día por día*".

[267] Lagrange, *Apuntes*...

[268] Véase fallo que se ordena publicar en Gaceta Judicial por su carácter vinculante: TSJ/SConst., Sent. 854 del 17-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179658-854-17715-2015-15-0325.HTML "Como se puede observar la norma transcrita tiene como referente y usuario a los abogados, procuradores. ...Se evidencia entonces para esta Sala que en el artículo 1.982 del Código Civil se

corre desde que haya concluido el proceso por sentencia o conciliación de las partes, o desde la cesación de los poderes del Procurador, o desde que el abogado haya cesado en su ministerio. En cuanto a los pleitos no terminados, el tiempo será de cinco años desde que se hayan devengado los derechos, honorarios, salarios y gastos.

3º. A los registradores, los derechos de los instrumentos que autorizaren, corriendo el tiempo para la prescripción desde el día del otorgamiento.

4º. A los agentes de negocios, sus salarios; y corre el tiempo desde que los hayan devengado.

5º. A los médicos, cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos; corriendo el tiempo desde el suministro de éstos o desde que se hayan hecho aquéllas.

6º. A los profesores, maestros y repetidores de ciencias, letras y artes, sus asignaciones.

7º. A los ingenieros, arquitectos, agrimensores y liquidadores, sus honorarios; contándose los dos años desde la conclusión de sus trabajos.

8º. A los dueños de casas de pensión, o de educación e instrucción de toda especie, el precio de la pensión de sus pensionistas, alumnos o aprendices.

9º. A los comerciantes, el precio de las mercancías que vendan a personas que no sean comerciantes.

10º. A los Jueces, secretarios, escribientes y alguaciles de los Tribunales, los derechos arancelarios que devenguen en el ejercicio de sus funciones; contándose los dos años desde la ejecución del acto que haya causado el derecho.

11º. A los sirvientes, domésticos, jornaleros y oficiales mecánicos, el precio de sus salarios, jornales o trabajo.

12º. A los posaderos y hoteleros, por la comida y habitación que hayan dado".

Se agrega el artículo 1986 del CC: "*La acción del propietario o poseedor de la cosa mueble, para recuperar la cosa sustraída o perdida, de conformidad con los artículos 794 y 795, se prescribe por dos años*".

*Prescripciones de 5 años, 4 años y 1 año: Mélich refiere prescripciones de cinco años (CC, arts. 888, 952, 1346, 1464, 1469, 1535, 1279 y 1281) y prescripciones de cuatro años (C.Com., arts. 307, 371, 520, 893, 1031) y otras breves de tres años en el C.Com. (479, 487, 576)[269]. Debe tenerse en cuenta su consagración expresa en leyes especiales. Tales como de un año en el C.Com. (arts. 408, 479, 487, 890), Ley de transporte terrestre, etc.[270].

---

regula específicamente y en forma especial las prescripciones breves en los supuestos citados en la norma tratándose de honorarios profesionales comprendidos también en las costas procesales incluso de los gastos (costas) ocurridos cuando el proceso haya concluido por sentencia...".

[269] Melich, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 68-71.

[270] *Ibid.*, pp. 76 y 77.

Dispone a propósito de las prescripciones breves el artículo 1987 CC: "*En las prescripciones no mencionadas en este Título, se observarán las reglas especiales que les conciernen, y las generales sobre prescripción, en cuanto no sean contrarias a aquéllas*"

También se puede citar a propósito del régimen, los artículos 1983 y ss. del CC. Al efecto, indica el artículo 1983: *"En todos los casos del artículo anterior, corre la prescripción aunque se hayan continuado los servicios o trabajos*".

Agrega el artículo 1984 CC: "*Sin embargo, aquéllos a quienes se opongan estas prescripciones, pueden deferir el juramento a quienes las opongan, para que digan si realmente la deuda se ha extinguido. El juramento puede deferirse a los herederos y a sus tutores, si aquéllos son menores o entredichos, para que digan si saben que la deuda se ha extinguido*".

Señala el artículo 1985 CC: *"Las prescripciones de que trata esta Sección corren aun contra los* menores no emancipados y los entredichos, salvo su recurso contra los tutores".

Lagrange se refería a las prescripciones presuntivas o impropias que no producen el efecto liberatorio de la figura sino presunciones de liberación establecidas a favor del deudor, generalmente cuando no queda huella documental del pago. Vale citar los artículos del CC 1982, 1983, "*aun cuando se hayan continuado los servicios o trabajos*"; el artículo 1981[271] CC que debe referirse más bien a abogado pues antiguamente se aludía a procurador; el artículo 1984[272] CC que establece una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada con el juramento. La prescripción presuntiva no excluye la aplicación de la prescripción extintiva ordinaria[273].

Vale observar como dato curioso que la tendencia en otros ordenamientos, apunta a efectuar reformas legislativas sobre la materia, hacia un acortamiento de estos plazos, y en general a la simplificación del régimen de la prescripción, pues ésta debería ser un elemento de pacificación en las relaciones jurídicas haciéndolas más dinámicas, precisamente por su duración excesiva, la existencias de plazos diferentes y las dudas de interpretación que plantea, ha producido más bien un estancamiento del tráfico jurídico y una fuente abundante de litigios[274].

---

271 "*Los abogados, procuradores, patrocinantes y demás defensores quedan libres de la obligación de dar cuenta de los papeles o asuntos en que hubiesen intervenido, tres años después de terminados éstos, o de que aquéllos hayan dejado de intervenir en dichos asuntos; pero puede deferirse juramento a las personas comprendidas en este artículo, para que digan si retienen los papeles o saben dónde se encuentran*".

272 "*Sin embargo, aquéllos a quienes se opongan estas prescripciones, pueden deferir el juramento a quienes las opongan, para que digan si realmente la deuda se ha extinguido. El juramento puede deferirse a los herederos y a sus tutores, si aquéllos son menores o entredichos, para que digan si saben que la deuda se ha extinguido*".

273 Lagrange, *Apuntes*...

274 Domínguez Luelmo, Andrés y Henar Álvarez Álvarez: *La prescripción en los PECL y en el DCFR*, Indret, Barcelona, 2009, P. 10, http://www.indret.com/pdf/654_es.pdf.

5.5.3. *Invocación por parte del interesado*: la prescripción debe ser invocada aunque no precisa formula solemne. Recordemos que el juez a diferencia de la caducidad no puede suplirla de oficio (CC, art. 1956).

Puede oponerla el deudor, los acreedores del deudor y cualquier tercero interesado incluso contra la voluntad del deudor (CC, art. 1958: *"Los acreedores o cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, pueden oponerla, aunque el deudor o el propietario renuncien a ella"*). No aplica a los herederos que se tiene por el mismo deudor, pero sí para el codeudor solidario, fiador, causahabiente a título particular y los acreedores del deudor. Se afirma que si el deudor no ha llegado a hacer uso de su derecho a renunciar a la prescripción que le favorecía, el acreedor o el tercero interesado tiene la posibilidad de hacerlo por vía de acción merodeclarativa, en la que tendrá que demandar al deudor y a la parte que se beneficiaría[275].

La declaratoria de prescripción solo opera para quien la alega como defensa de fondo a su favor, por lo que en caso de varios codemandados, solo favorece a quien la hace valer, inclusive en materia de solidaridad[276].

5.6. *Renuncia a la prescripción*
Se trata de un acto mediante el cual el deudor manifiesta expresa o tácitamente que no hará uso de la misma una vez consumada.

Dispone el artículo 1957 CC: "*La renuncia de la prescripción puede ser expresa o tácita. La tácita resulta de todo hecho incompatible con la voluntad de hacer uso de la prescripción*". Cuando es expresa queda sujeta a las mismas reglas que rigen el reconocimiento como causal de interrupción de la prescripción. (CC, art. 1973). Precisa capacidad para disponer del derecho a tenor del artículo 1955 CC: "*Quien no puede enajenar no puede renunciar a la prescripción*". Sí pueden ejercerla los representantes legales sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar. Recordemos que a tenor del artículo 1954 CC no se puede renunciar por anticipado, a diferencia de la compensación.

---

[275] Melich, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 53. Véase también: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 367 y 368.

[276] Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Del Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 9-6-14, Exp. 7283, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/JUNIO/225-9-7283-7283.HTML "...las causas de interrupción de la prescripción obra individualmente, pues, las que existan respecto a uno de los deudores solidarios no pueden ser invocadas contra los otros, por lo tanto, la interrupción de la prescripción frente a uno de los obligados, no perjudica ni afecta a los otros, ello en virtud de lo establecido en el artículo 1.228 del Código Civil, lo cual significa que la citación de un codemandado no implica la extinción de la prescripción contra los otros, quienes la pueden plantear como una defensa de fondo, pues, el cómputo de la prescripción debe hacerse por separado"; Meneses Chavarro, Lucas: *La prescripción extintiva de obligaciones solidarias*. En: Cuadernos de la Maestría en Derecho Nº 4, pp. 110, http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion4/la-prescripcion-extintiva.pdf "La posición de que la prescripción debe ser alegada a instancia de parte... A quien no adujo nada dentro del proceso o su postura es irrelevante".

5.7. *Efectos de la prescripción*

La obligación que se convierte en natural[277], pues su pago es válido y no está sujeto a repetición.

5.8. *La caducidad*[278]

También denominada "decadencia de derechos"[279]; pérdida de la acción –para algunos más precisamente de la "pretensión"[280]– por el transcurso fatal e ininterrumpido del tiempo. La doctrina entre sus caracteres coloca que está interesado el orden público, puede ser suplida de oficio, corre fatalmente pues no es susceptible de interrupción o suspensión y corre contra los menores y entredichos. Lo que la diferencia de la prescripción que constituye una defensa de parte y es susceptible de interrupción y suspensión[281]. Mélich la define como la pérdida de una situación jurídica subjetiva activa (derecho en sentido lato) que se verifica por la inobservancia de una determinada conducta impuesta por una norma para la conservación de tal situación cuando ya se goza de ella, o en caso contrario, si no se tenía, para la adquisición de tal situación[282].

La caducidad se produce por el tiempo transcurrido en la ley o en el contrato. El CC no menciona la palabra caducidad y por ello a menudo es difícil

---

277 Véase: Arroyo Amayuellas, *ob. cit.*, p. 253, el crédito prescrito subsiste, solo que privado de coercibilidad. Véase *supra* tema 4.5.

278 Mélich Orsini, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 159 ss.; Mendoza, José Rafael: *Los problemas de la caducidad.* En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Vol. 71, Nº 129, 1994, pp. 63-77; Zuleta González, Atilio: *La caducidad y la prescripción en la legislación venezolana.* En: Revista de la Universidad del Zulia, Vol. 03, Nº 11, septiembre 1960, pp. 27-32; Barboza Russian, Henando: *Caducidad legal y contractual en el procedimiento civil venezolano.* En: Cuestiones Jurídicas Nº 1, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, Ediciones Astro-Data, enero-julio 2007, pp. 29-61; Fuenmayor G., José Andrés: *La caducidad contractual. En: Opúsculos Jurídicos. Evolución y perspectiva del Derecho Procesal en el país.* Caracas, edit. Texto C.A., 2001, pp. 225-230; Barreto, Rafael D.: *La caducidad contractual en los contratos de seguros.* En: THEMIS Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, agosto-septiembre-octubre 1994, pp. 11-22; Palacios, Leopoldo: *La prescripción y la caducidad en materia de seguros.* En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 138, 1979, pp. 91-119; Baumeister Toledo, Alberto: Algunas *consideraciones sobre la defensa de la caducidad en el seguro.* En: Libro Homenaje a las X Jornadas "Dr. José Santiago Núñez Aristimuño" Maturín-Edo. Monagas. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 217-242; Pizani Ricci, María Auxiliadora: *La caducidad en el cheque.* En: Revista de la Facultad de Derecho Nº 43, UCAB, 1991, pp. 462-465; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, pp. 130-134.

279 Lagrange, *Apuntes...*, es una figura cercana y lejana a la vez de la prescripción. La caducidad supone poner sobre el titular del derecho una carga perentoria de ejercerlo dentro de cierto tiempo; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 393.

280 Véase: Aguilar C., Ramón Alfredo: *Consideraciones sobre la caducidad de cobro de prestaciones sociales y de otros derechos patrimoniales de los funcionarios públicos.* Caracas, FUNEDA, 2012, p. 11, nota 8, "es fácil advertir que en realidad debería hablarse técnicamente de caducidad de la <<pretensión>>, pues lo que ley limita no es la acción, en tanto que derecho abstracto y de rango constitucional no es susceptible de tal limitación"; TSJ/SCC, Sent. 00652 del 7-11-03, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-00652-071103-01289.HTM "...existe una concepción ya superada por el derecho procesal, cual es la que confunde la acción, pretensión y derecho sustancial...".

281 Domínguez Guillén, *Diccionario...*, p. 29.

282 Mélich Orsini, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 159 y 160.

discernir si se trata de ésta o de prescripción. Por lo general el legislador en materia de caducidad utiliza la expresión la acción "se extingue" o "debe ejercerse"[283] . En efecto, se afirma que podría servir de indicio para distinguir la caducidad locuciones que impongan un deber o niegan el ejercicio de un derecho, como "no se admitirá" o "no podrá intentarse", aunque no cabe quedarse en el término empleado, sino en el espíritu de la norma[284].

Mendoza destaca la dificultad que reseña la doctrina para distinguir entre prescripción y caducidad[285]. Cita criterio a raíz de sentencia 29-7-65 que indica que cuando legislador no indica que es de prescripción debe entenderse de caducidad[286], lo que no deja de ser una mera recomendación. Para el autor constituye un lapso de prescripción si se trata de derechos de obligación[287], y como contrapartida caducidad en caso de derechos potestativos que apuntan a la paz familiar por ejemplo en el derecho de Familia[288]. Se dice que la caducidad corre contra todo el mundo incluyendo menores y entredichos pero eso no dice mucho porque hay prescripciones breves que no corren contra estos (art. 1985 CC)[289].

Moisset refiere que son plazos de caducidad aquellos que fijan un término para el ejercicio de la acción, cuyo cómputo es fatal, esto es, no puede ser alterado por suspensión o interrupción, y vencido el cual sin ejercer el derecho o facultad, se pierde de manera inexorable sin que subsista obligación natural alguna[290]. El problema es intrincado porque hay una serie de detalles o matices sobre los cuales la doctrina no ha logrado acuerdo definitivo, no existiendo una norma que de una directriz clara y definitiva en este sentido[291]. Mélich da ejemplos en el CC de caducidad, tales como arts. 43, 121, 206, 228, 229, 782, 783, 799. 1019, 1027, 1029, 1500, 1525, 1547, 1637, 1663, 1836[292].

A este respecto, la Sala de Casación Civil señaló: "...El interés de la distinción, es con todo, real, por cuanto en el supuesto de la prescripción extintiva, fenece la acción para reclamar un derecho aunque no el derecho mismo –ya que la obligación correlativa, antes de extinguirse, pasa a adquirir los caracteres de la obligación natural– en tanto que la caducidad, establecida siempre ésta, cuando es legal, por razones de orden público, ninguna posibilidad queda ya a las partes de obtener un cumplimiento. En materia de caducidad, cesan tanto la acción como el eventual derecho a cuya protección

---

[283] Mendoza, *ob. cit.*, p. 63.

[284] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. II, p. 133.

[285] Mendoza, *ob. cit.*, pp. 64 y ss.

[286] *Ibid.*, pp. 65 y 66.

[287] *Ibid.*, p. 69.

[288] *Ibid.*, p. 70.

[289] *Ibid.*, p. 71.

[290] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T.III, p. 233.

[291] *Ibid.*, p. 234.

[292] Mélich Orsini, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 168-171.

se refiere la misma. Existen varios criterios para determinar, ante un plazo extintivo fijado por la ley, si el mismo puede reputarse de prescripción o de caducidad. En primer lugar, evidentemente, habrá que aceptar la propia calificación que le dé el legislador en la manera de expresar la norma, y así, son indiscutiblemente prescripciones los lapsos que están calificados como tales en el propio texto legal, o incluidos dentro de los capítulos de una ley que se refiere específicamente a la prescripción de las acciones correspondientes. Cuando falta dicha calificación expresa, de todos modos es preciso indagar si el legislador no expresó su voluntad de algún otro modo, por ejemplo, señalando la posibilidad de que la actuación del interesado interrumpiera el plazo –lo cual sucede sólo en materia de prescripción– o supeditado el inicio del lapso al momento en el cual se tuviera la capacidad de ejercicio necesaria para accionar, como ocurre en el presente caso. El interés protegido también ha de tomarse en cuenta para la determinación del lapso, por cuanto indiscutiblemente el mismo sería de caducidad, cuando estuvieran involucradas situaciones de orden público"[293].

La caducidad es únicamente extintiva (y *erga omnes*), en tanto que la prescripción también es adquisitiva[294]. La caducidad puede ser legal o convencional (ejem. en materia de seguros) en cambio no existe prescripción convencional[295]. No obstante, algunos señalan que solo es caducidad *stricto sensu*, la caducidad legal[296]. La caducidad aplica a toda clase de derechos incluso extrapatrimoniales, en tanto que la prescripción aplica solo a derechos de crédito y derechos reales; la finalidad de la prescripción es dar por extinguido un derecho por no haber sido ejercitado durante un tiempo generalmente de considerable magnitud. Mientras que la finalidad de la caducidad es fijar de antemano un tiempo durante el cual puede ejercerse el derecho[297].

La caducidad en el proceso se puede oponer como cuestión previa (CPC, art. 346, ord. 10) a diferencia de la prescripción que se opone al fondo de la

---

[293] TSJ/SCC, Sent. 0232 del 30-4-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-0232-300402-00961.HTM.

[294] TSJ/SConst., Sent. Nº 6 del 4-3-10, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/06-4310-2010-10-0173.HTML la caducidad obra en principio *erga omnes*; TSJ/SCC, Sent. Nº 237 del 19-7-00, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/237-190700-RC991004.HTM La Casación Civil venezolana, ha deslindado claramente los efectos de la caducidad y de la prescripción y considera que los de esta última constituyen una defensa de fondo, mas, no así, los de la caducidad, cuyo lapso es fatal y, la acción, una vez caduca, carece de existencia y no puede discutirse en debate judicial".

[295] Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 131, los términos de prescripción solo emanan de la ley, la caducidad puede nacer de un negocio jurídico (contrato o testamento), de un procedimiento judicial o administrativo y de la ley; TSJ/SCC, Sent. 777 del 25-10-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC-00777-251006-06079.HTM cuando la caducidad va referida a la pérdida de la posibilidad de ejercer la acción, debe estar establecida en una norma legal.

[296] CORSI, *Contribución...*, p. 37.

[297] LAGRANGE, *Apuntes*..., para quien eran ejemplos de caducidad del CC, los artículos 43, 117, 203, 218, 782, 783, 803 y 1637.

contestación de la demanda[298], pero a su vez la caducidad dado su carácter de orden público puede alegarse en cualquier tiempo y procede de oficio.

Se agrega que los plazos de caducidad son por lo general más breves que los de prescripción, debido a que al Derecho le interesa preservar la seguridad jurídica por encima de los intereses de las partes[299].

---

[298] Véase: Juzgado del Municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 25-4-08, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/1987-25-FP02-T-2008-000010-PJ0242008000032.html "la parte demandada cuando opone la cuestión previa del numeral 10º del artículo 346 ejusdem, erróneamente asemeja caducidad con prescripción, alegando esta ultima como cuestión previa, cuando esta es una defensa que solo puede alegarse en la contestación de la demanda como defensa perentoria para ser decidida en la sentencia definitiva"; TSJ/SCC, Sent. Nº 237 del 19-7-00, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/237-190700-RC991004.HTM.

[299] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: *Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario.* En: Derecho y Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú Nº 23, Año XV, Lima, diciembre 2004, p. 274, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141.

SEGUNDA PARTE
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

TEMA 20
El Contrato[1]

SUMARIO: *1. Generalidades y noción 2. Caracteres 3. Importancia 4. Clasificación 5. Elementos o condiciones 6. El objeto 7. La causa 8. Capacidad 9. Formación 10. Validez 11. Efectos 12. Cumplimiento 13. Interpretación 14. Contratos bilaterales. Reglas y acciones 15. Teoría de los riesgos.*

1. Generalidades y noción[2]

El contrato es sin lugar a dudas la mayor y más importante fuente de las obligaciones[3]. Y aunque para algunos está en declive, en razón de la moderna y progresiva caída del principio de la autonomía de la voluntad, sigue conservando su privilegiado sitial como fuente por antonomasia de

[1] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1159 al 1168.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1981; Mélich Orsini, *Doctrina ..*, pp. 1-57; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III; Maduro Luyando, *ob. cit.*,pp. 373 y ss.; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 128 y ss.; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 33-35; Ochoa Gómez, *ob. cit.*,T. I, pp. 251-404; Ochoa Gómez,*ob. cit.*, T. II, pp. 421-502; Dominici, *ob. cit.*, pp. 526 y ss.; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 8 y ss.; Calvo Baca, *ob. cit.*,pp. 16-48; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 57 y ss.; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 19-103; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 75-78; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 171-207; Vegas Rolando, Nicolás: *Estudios sobre contratos en el Derecho venezolano*. Caracas, Ediciones Fabretón, 1973; Santos Briz, Jaime: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada, Comares, 1992; Mejía Altamirano, José: *Contratos Civiles. Teoría y Práctica*. Caracas, Ediciones Libra, 2001; Serrano Alonso, Eduardo y Eduardo Serrano Gómez: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. T. II, Vol 1, Teoría General del Contrato. Madrid, Edisofer, 2008; Cardilli, Ricardo: *Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del Derecho Civil*. En: Revista de Derecho Privado Nº 15, 2008, pp. 41-57; http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3252250.pdf ; López de Zavalia, Fernando J.: *El Contrato: institución eterna*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 282-301, www.acaderc.org.ar; Larroumet, Chistian: *Teoría general del contrato*. Colombia, Temis, reimpresión de primera edic. 1990, 1999, Trad. Jorge Guerrero R., Vol. I; Fierro Méndez, Rafael Enrique: *El contrato ¿libertad o poder*? En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 57-62; Morello, Augusto M.: *Contrato y Proceso: Aperturas*. Argentina, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1990; Lasarte, Carlos: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. Madrid, Tecnos, 15ª edic., 2009, pp. 303 y ss.; López Santa María, *ob. cit.*, (*in totum); * Ospina Fernández, G. y E. Ospina Acosta: *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Santa Fe de Bogotá, edit. Temis, 5ª edic., 1998.

[2] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 1-26; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 15-27; Schipani, Sandro: *Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 13-62; Alioto, Daniel G. y Gabriel de Reina Tartiére: *Concepto de contrato. Función y fundamento. Principios del Derecho Contractua*l. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 9-31; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 323 y ss.

[3] Véase: Bonnecase, *ob. cit.*, p. 635, se pregunta que relación existe entre el Derecho de Obligación y el de los Contratos, en la teoría de la primera se estudia la noción y reglamentación de los Contratos, la clasificación, efecto y disolución de tales.

las obligaciones. El término proviene del latín "*contractus*" que significa venir en uno o convenir[4].

El contrato es una modalidad del acto jurídico[5] (pues supone la intervención de la voluntad)[6] o más precisamente del negocio jurídico[7]. Este último supone una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos[8]. "Mediante el negocio los sujetos regulan sus propios intereses de forma tal que resulta evidente su carácter instrumental y normativo para autodeterminar mecanismos vinculantes"[9]. El negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral, según resulte de una sola declaración de voluntad (testamento) o esté integrado por dos o más manifestaciones de voluntad entre los que se distingue el acuerdo, la convención y el contrato. El contrato es pues un negocio jurídico bilateral[10].

El acuerdo supone coincidir en un asunto de interés común. La convención implica un concierto entre dos o más personas para realizar un fin. El contrato es una especie de convención, de conformidad con el artículo

---

4 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 33.

5 Véase: Torres Vásquez, Aníbal: *Acto Jurídico*. Perú, edit. San Marcos, 1988; Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 1 y 2, se distingue entre *hecho jurídico* en sentido estricto (no depende de la voluntad sino de la naturaleza pero tiene efectos jurídicos como nacimiento y muerte) y el *acto jurídico* en el que interviene la voluntad; Bueres, Alberto: *El acto ilícito*. Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pp. 25-31, el hecho jurídico es un acontecimiento al cual la ley le liga una consecuencia jurídica. Los hechos jurídicos pueden ser naturales o humanos, los primeros provienen de la naturaleza y los segundos del hombre. Los hechos humanos se llaman actos; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 59, el acto jurídico es un acto de la voluntad que tiene por objeto crear una situación jurídica. A diferencia del "hecho" en que no interviene la voluntad.

6 Véase sobre el acto jurídico: Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 1 y ss. Clasificación de los negocios jurídicos: *unilateral* (de una sola declaración de voluntad); *recepticio* (dirigido a un destinatario), *no recepticio* (no va dirigido a un destinatario indeterminado por lo que se eficacia es independiente de su comunicación), por ejemplo la oferta pública de recompensa (art. 1139 CC) y el testamento (art. 833 CC); Negocio bilateral es aquel que resulta de dos o más declaraciones de voluntad y que produce efectos para todas las partes. (ejem. Contrato y acto colectivo).

7 Nuestro CC orientado por el CC Napoleón –a diferencia del CC Alemán– no trae una teoría general del negocio jurídico. Véase sobre el negocio jurídico: Betti, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edic.,1943 (prólogo), Traducción de A. Martín Pérez; Guilliod Troconis, Rafael: *El negocio jurídico como fuente de derecho*. En: Revista de Derecho Nº 3. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 23-109; Carnelli, Santiago y Eugenio B. Cafaro: *Eficacia Contractual*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 11 y ss.; Moisset de Espanés, Luis: *¿Actos o negocios jurídicos?* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-23, www.acaderc.org.ar <<La categoría de los "actos jurídicos" es asimilable –en alguna medida– a lo que la doctrina europea moderna denomina "negocio jurídico", pero tiene mayor precisión, pues al ser la propia ley la que tipifica la figura, evita las vacilaciones que se encuentran con frecuencia en la doctrina europea, cuando trata de caracterizar el "negocio", y lo hace de manera dispar, por carecer de bases normativas precisas. La denominación de "negocio" puede inducir a confusión a algunos autores, que limitan los actos negociales a los que tienen un "fin patrimonial, o lucrativo">>.

8 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 129; Domínguez Guillén, *Diccionario*..., p. 111.

9 Carnelli y Cafaro, *ob. cit.*, p. 15.

10 Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 175; López Santa María, *ob. cit.*, p. 15; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 366 y 367, en un sentido amplio es un negocio jurídico bilateral, un acuerdo de voluntades de las partes que regula un asunto jurídico. Pero en un sentido restringido es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 60.

1133 del CC: "*El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico*"[11]. Para Lacruz Berdejo "vulgarmente se entiende por contrato el acuerdo de voluntades entre dos o más personas creador de derecho y obligaciones entre ellas"[12]. Esto es, constituye un negocio jurídico bilateral creador de obligaciones. Es pues, la fuente ordinaria y normal de éstas[13]. Es el acto jurídico más común del Derecho privado[14].

Bernad Mainar define el contrato como un negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral: se trata de un negocio jurídico bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial[15]. Vale recordar su valor de fuerza de ley entre las partes[16]. Para Rodríguez Ferrara constituye un "negocio jurídico bilateral con contenido netamente patrimonial en que las partes tienen intereses contrapuestos". Agrega acertadamente el autor que se contrata con el ánimo de satisfacer una necesidad, pues se trata de un fenómeno jurídico con proyección mayormente económica. Y así por ejemplo, si necesitamos una casa, se presentan varias opciones contractuales: compraventa, arrendamiento, comodato, donación, etc. Nuestra vida de relación nos obliga a ser contratistas por naturaleza[17].

También se reseña un sentido amplio y otro restringido de la expresión "contrato". Según el primero se trata de un acto de autonomía privada dirigido a producir una mutación en la realidad jurídica a través de la concurrencia de las declaraciones de voluntad de dos o más personas: se identifica con el negocio jurídico bilateral. En un sentido restringido se ciñe exclusivamente al ámbito del Derecho patrimonial, siendo un acuerdo de voluntades dirigido a la producción, modificación o extinción de relaciones obligatorias[18]. El contrato no sólo da origen a obligaciones sino que da reglas a las ya constituidas[19].

Algunos lo diferencian de la convención que no presenta contenido patrimonial. De allí que Pothier definiera el contrato como una "especie de

---

[11] Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 15-39. El CC de 1862 y el CC de 1867 definían el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede estar constituida por una o muchas personas. El CC de 1873 inspirado en el CC italiano de 1865 modificó la norma y se repite en los CC siguientes pero el CC de 1942 le adiciona el verbo "transmitir" (Lagrange, *Apuntes*...).

[12] Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 265; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 215, acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes.

[13] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 527.

[14] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 41, caracterizado por el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir o extinguir derechos y obligaciones.

[15] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 26.

[16] Véase: Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. I, pp. 101 y ss.

[17] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 33 y 34.

[18] Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 545 y 546; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 29, en un sentido restringido es un negocio jurídico bilateral que incide sobre relaciones jurídicas patrimoniales.

[19] Dominici, *ob. cit.*, p. 527.

convención" que tiene por objeto formar algún compromiso[20]. Desde 1873, seguimos la concepción del CC italiano de 1865 que ve el contrato como una forma para constituir relaciones obligatorias. Surge el dogma de la voluntad como fuente de obligatoriedad del contrato. En Roma no se concibió el contrato como una categoría abstracta y abierta sino a través de una forma típica. Roma fue formalista *(estipulatio)* y luego surge el consensualismo, a la par que el cristianismo introduce la ética[21]. Se aclara sin embargo que la distinción entre convención y contrato no tiene ningún interés en la práctica, se considera, generalmente que la primera es el género al cual pertenece el segundo, que aparece así como la especie. Cuando un acuerdo de voluntades tiene un objeto distinto a la creación de una obligación, cabría hablar de convención y no de contrato[22]. De tal suerte que hay convenciones que no son contratos, tales como las que modifican o extinguen un derecho[23].

Para otros, el contrato es una norma jurídica particular a las que las partes someten su conducta, las que deben obrar conforme a la prescripción en ella contenida. La ejecución de esa prescripción determinará el cumplimiento del contrato[24]. Finalmente, hay quien considera que se trata de una distinción que carece de interés, amén que existen casos en que el Legislador pareciera utilizar las expresiones contrato y convención como sinónimos**.** Como es el caso del artículo 1387 CC que indica que "*no es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una **convención** celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla…*"[25].

En Roma era la única figura capaz de crear obligaciones; al principio cargado de formalismos que fueron atenuados con el tiempo, especialmente en la Edad Media donde se alude al principio consensualista[26]. Se llega a la suplantación del sistema formalista, el surgimiento de la autonomía de la

---

[20] Pothier, *ob. cit.*, p. 12.

[21] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina….*, pp. 8-14; Sanojo, *ob. cit.*, p. 8, el contrato es una convención, y ésta es un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos; Dominici, *ob. cit.*, pp. 526 y 527.

[22] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 59 y 60.

[23] Lagrange, *Apuntes…*, así según la concepción francesa, por ejemplo, la venta es un contrato pero la remisión de deuda es una convención. El matrimonio es una convención y no un contrato, así como también la separación de cuerpos y los esponsales sería un convenio. La convención constituye una categoría más amplia que el contrato. Definía el contrato como un negocio jurídico bilateral o plurilateral dirigido a constituir, regular o reglar, transmitir, modificar o extinguir, una relación jurídica de contenido patrimonial. Se aprecia de la definición que existen contratos constitutivos, normativos (de trabajo), modificativos (cesión de crédito o delegación), solutorios o extintivos (remisión de deuda o mutuo *disenso*).

[24] Vidal Olivares, Álvaro: *La construcción de la regla contractual en el Derecho Civil de los contratos*, En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 33.

[25] Sequera, *ob. cit.*, pp. 195 y 196.

[26] Indicaba Lagrange (*Apuntes…*) que el formalismo romano tuvo lugar cuando Roma era una ciudad pequeña. Pero luego Roma se hizo un pueblo conquistador, se convirtió en una ciudad mercantil donde el formalismo era incómodo ante tales situaciones. Con ello se admitieron cuatro contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad. Y conocieron también la figura de los contratos innominados.

voluntad y la proliferación de contratos consensuales en el Derecho Moderno. Pero a propósito de la aproximación histórica al concepto de contrato en su concepción básica o primitiva, algunos se remontan a los inicios de la humanidad. Pues el concepto tradicional es relativamente reciente[27], pudiéndose encontrar sus inicios en el Derecho Griego, pasando por las distintas etapas del Derecho Romano, para llegar al Derecho intermedio, de la Edad Media para llegar a los tiempos modernos[28]. El problema del consensualismo tiene que ver con saber si el contrato surge en la vida jurídica como simple pacto desnudo por la sola voluntad interna de las partes o por el contrario debe cumplir con las formalidades o rituales de ley. Siendo que ello depende del ordenamiento y de la categoría del contrato de que se trate. No obstante las ventajas que puedan predicarse respecto de ello[29]. De allí que modernamente se aluda a la "libertad de forma" a propósito del consentimiento, pues la tendencia es a abandonar los formalismos y formulismos que con anterioridad constituían un elemento fundamental del acuerdo de voluntades[30].

2. Caracteres

2.1. *Bilateralidad:* El contrato es un acto jurídico o más precisamente un negocio jurídico bilateral[31]. Es una convención porque combina el concurso de dos o más voluntades para la realización de un determinado efecto jurídico.

2.2. *Patrimonialidad*: Regula relaciones o vínculos de carácter patrimonial, susceptibles de ser valorados desde el punto de vista económico y es lo que propiamente lo diferencia de la convención. Y así por ejemplo no es contrato dada la ausencia de tal característica el acto jurídico relativo a la donación de órganos del cuerpo humano.

2.3. *Produce efectos obligatorios:* Obliga a todas las partes que lo integran en virtud del consensualismo.

2.4. *Es fuente de obligaciones*: La más importante[32] y la que mayor número de relaciones obligatorias genera. Y desde un punto de vista más amplio se alude a que el contrato es fuente de derecho, que crea un estatuto de sujeción[33].

[27] Véase: López Santa María, *ob. cit.*, p. 25.

[28] Véase: *ibid.*, pp. 27-72.

[29] *Ibid.*, pp. 243-259.

[30] Lasarte, *Curso...*, p. 305.

[31] Ello es diferente al contrato "bilateral" que es aquel que genera deberes y derechos para ambas partes.

[32] Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, p. 73; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-2-15, Exp. AP11-M-2011-000463, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/.../2116-9-AP11-M-2011-000463-.html *"...en ocasión de un contrato, que si bien es cierto configura la fuente más importante y de mayor aplicación práctica en la teoría general de las obligaciones, dando lugar a un negocio jurídico, es decir, la manifestación de voluntad entre una o varias personas dirigidas a producir efectos y consecuencias, de carácter jurídico y de ineludible cumplimiento, quedando así obligadas entre sí"* (destacado nuestro).

[33] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 382 y 383; Alioto y Gabriel de Reina Tartiére, *ob. cit.*, pp. 19-22.

2.5. *Presenta un "iter" en cuanto a su perfeccionamiento*, elementos esenciales para su constitución, así como una regulación sustantiva detallada en cuanto a su cumplimiento[34].

2.6. *Sigue siendo a pesar del declive de la autonomía de la voluntad, la más clara manifestación de la autonomía privada*[35]. No obstante, algunos opinan que en el Derecho Civil de los Contratos, las normas son, por lo general, dispositivas, y excepcionalmente, imperativas, pese a que no exista una presunción que lo establezca[36]. Pero vimos que la legislación venezolana reciente, permite dudar de tal afirmación[37].

2.7. *Presenta una importante función económica y social*: Sirve para canalizar las necesidades más simples y rudimentarias a través del intercambio[38]. De las cuales se distinguen subfunciones de cambio, crédito, garantía, custodia, previsión, recreación y cooperación[39]. Se fundamenta en la voluntad, esto es, es obra exclusiva de la voluntad de los contratantes[40].

3. Importancia

Constituye el instrumento por el cual el hombre en sociedad pueda satisfacer necesidades: siendo el acto jurídico de mayor incidencia; única figura capaz de contener y abarcar la diversidad de composiciones voluntarias que caracterizan la vida moderna[41]. "Uno no contrata tanto con el ánimo de adquirir o modificar una obligación como con el ánimo de satisfacer una necesidad. De ahí que el contrato, antes de ser un fenómeno jurídico, es más un fenómeno económico"[42]. "Es muy difícil salir a la calle y no celebrar un contrato"[43].

La sentencia española de 6 de diciembre de 1.968 declara que una de las fuentes de las obligaciones y sin duda la de mayor importancia es la derivada de los pactos entre particulares[44]. El contrato se convierte sino en la única, sí en unas de las principales fuentes de las obligaciones[45]. Es sin duda,

---

34 Véase *infra* tema 20.9.

35 PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 545.

36 VIDAL OLIVARES, *ob. cit.*, p. 37.

37 Véase *supra* tema 1.7.2

38 LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 19.

39 *Ibid.*, pp. 23 y 24.

40 LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 82-112.

41 MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 383; ANNICCHIARICO, *Un nuevo...*, p. 275, el contrato es sin duda, el mecanismo por excelencia que regula el tráfico de los bienes y servicios y permite al ser humano alcanzar la satisfacción de sus necesidades.

42 RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 33, agrega que es el medio principal del que se dispone para satisfacer necesidades. Por ejemplo, una casa para vivir, tomar el autobús, comprar un libro o un café.

43 *Ibid.*, p. 34.

44 LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 95.

45 BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 30; MARTÍN PALLÍN, José Antonio: *Los contratos blindados.* En: Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid Nº 46, noviembre-diciembre 2012, http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-46/217-sumario-numero-46-0-5898250151330838

la fuente más importante y frecuente del que proceden las obligaciones[46]. Es el instrumento jurídico más utilizado en las sociedades más desarrolladas para realizar el tráfico de bienes[47]. Desde la compra del periódico, el transporte público hasta complejos acuerdos; se refleja que se trata de una institución jurídica no comparable con ninguna otra[48]. Se agrega que el contrato está íntimamente ligado a la institución de la propiedad privada por ser un vehículo o instrumento jurídico de circulación de la riqueza[49]

4. Clasificación[50]

Las clasificaciones de los contratos pretenden sistematizar al mismo con base a ciertos criterios, como indicamos respecto de la clasificación de las obligaciones. Para algunos presenta un valor inigualable para la comprensión de las figuras vigentes[51] en tanto que para otros representa escasa utilidad práctica[52]. En el mundo del Derecho todo intento de clasificación tiene una importancia práctica relativa, mayormente didáctica o expositiva[53]. Sin embargo, se admite que la formulación de clasificaciones y categorías contractuales, responden al deseo de sistematizar la realidad según criterios de uniformidad, lo cual es natural en cualquier actividad científica[54].

4.1. Según surjan obligaciones para una de las partes o para ambas partes: *unilaterales/bilaterales*[55].

Dispone el art. 1134: "*El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente*"[56]. Son contratos bilaterales por ejemplo, la compraventa, la permuta, la cesión de derechos onerosa; en tanto son unilaterales el comodato, el mutuo, la fianza gratuita

---

"El contrato viene a la vida en el seno de una sociedad que lo ha admitido como instrumento de relaciones económicas y como fuente de obligaciones".

[46] SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 289; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 175.

[47] SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 13.

[48] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 324.

[49] LAGRANGE, *Apuntes*…

[50] Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina*…, pp. 27-57; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 384-398; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 30-50; SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 203-212; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 8-13; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 30-33; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 76-105; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 68-72; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 296 y 297; O´ CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 529-531; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 154-158; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 227 y 228, OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 185-208; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 410-454; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 346-348; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 564 y 565; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 33-38; ELIA, Marcos: *Clasificación de los contratos.* En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 53-79; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 140-176; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 27-40.

[51] ELIA, *ob. cit.*, p. 53.

[52] Véase: SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 68 y 69.

[53] SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 179.

[54] LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 98.

[55] SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 207-212; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 99-101; LASARTE, *Curso*…, p. 313; ELIA, *ob. cit.*, pp. 63-66; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 527-529.

[56] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 41-61.

y renta vitalicia[57]. Es exclusivo de los contratos bilaterales figuras como la cesión del contrato, la excepción de incumplimiento, la resolución[58], la teoría de la imprevisión y la teoría de los riesgos[59].

También se alude a *sinalagmáticos perfectos o imperfectos*[60] en aquellos casos en que se genera obligación para una sola parte pero durante el curso o vida del contrato es posible que sobrevengan obligaciones para la parte que inicialmente no era obligada. Tal es el caso del contrato de depósito (CC, art. 1773) que en principio es gratuito y unilateral generando sólo obligaciones para el depositario, pero es posible que en el curso del contrato éste haya tenido que hacer gastos de conservación de la cosa depositada que deben ser reembolsados. Lo mismo vale decir del comodato (CC, art. 1733) y del mandato (CC, art. 1699). Indicaba Lagrange que la mayoría de los autores está conforme en que a los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos no les es aplicable la disciplina de los contratos bilaterales. Toda vez que se queda obligado por un hecho posterior al contrato original, esto es, a un hecho accidental o eventual. Otros tienen una opinión distinta pues alegan que surgen obligaciones recíprocas que no descartan por ejemplo la excepción de incumplimiento, que sería posible oponerla en forma de derecho de retención, cuando la obligación sobrevenida no sea cumplida por la parte a quien ha venido a incumbirle como deudora.

4.2. Según el fin: *onerosos/gratuitos*[61]

Prevé el artículo 1135 del CC: "*El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente; es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra sin equivalente*"[62].

La distinción se basa en un criterio básicamente económico[63]. En el contrato oneroso cada parte sufre un sacrificio, un empobrecimiento patrimonial representado por la prestación que está obligado a cumplir. En un

---

[57] Elia, *ob. cit.*, p. 63, es bilateral el mandato oneroso, la fianza onerosa y el depósito oneroso pero es unilateral el mandato gratuito, la fianza gratuita, la donación simple.

[58] Indicaba Lagrange (*Apuntes...*) que si el contrato unilateral solo obliga a una parte, si ésta incumple la otra parte puede exigir la ejecución del contrato y si ésta es imposible podrá pedir la reparación de daños y perjuicios, pero no la resolución.

[59] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 137.

[60] Estos últimos no engendran obligaciones sino para una de las partes (depósito, mandato, comodato). Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 30-33; O´ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 529; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 187-189; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 424-427; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 346; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 149-156.

[61] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 33-36; Sequera, *ob. cit.*, pp. 223 y 224; Dominici, *ob. cit.*, p. 529; O´ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 529; Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 189; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 346; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 105-113; Lasarte, *Curso...*, pp. 312 y 313; Elia, *ob. cit.*, pp. 59-62; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 141-148.

[62] Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 63-77.

[63] López Santa María, *ob. cit.*, pp. 105 y 106.

contrato a título oneroso, el sacrificio y la ventaja que cada parte sufre, generalmente está en una situación de equivalencia. Solo excepcionalmente si el desequilibrio es desproporcionado la ley consagra la rescisión por causa de lesión. El contrato gratuito es aquel en que una sola de las partes recibe por efecto del contrato una ventaja patrimonial, lucro o atribución patrimonial, mientras que la otra parte soporta un sacrificio sin recibir nada a cambio. Son contratos a título gratuito: el comodato, el depósito gratuito, el mandato gratuito, la fianza gratuita y el contrato gratuito por excelencia es la donación. Son contratos onerosos: la compraventa, la permuta, el arrendamiento, el contrato de obra, el contrato de trabajo. Sus diferencias: el contrato gratuito es siempre *intuito personae*; en materia de acción revocatoria (1279 CC) la ley hace un tratamiento distinto de ambos contratos; en materia de pago de lo indebido también hay un tratamiento distinto (1182 CC); en materia mercantil no hay acto de comercio gratuito. Y desde el punto de vista fiscal, los impuestos de las transferencias gratuitas son más elevados[64].

4.3. Según que la determinación de las prestaciones de una o alguna de las partes dependa o no de un hecho causal: *conmutativos o aleatorios*[65].

Dispone el artículo 1136 del CC: "*El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual*"[66]. En el contrato conmutativo la ventaja de cada parte puede ser determinada en el momento de la celebración. El contrato aleatorio[67] "o de suerte entra en juego el riesgo de una pérdida o ganancia derivado de un hecho incierto, casual o aleatorio porque el alea constituye la propia esencia del contrato[68] (contrato de seguro). Generalmente, los contratos bilaterales son conmutativos. Este también es el caso de compraventa de cosa futura o de cosa esperada. En el contrato aleatorio o de suerte, en el momento de la celebración del contrato las partes no pueden valorar cuál será la magnitud económica del sacrificio o de la ventaja que al contratante pueda significarle, como es el caso del contrato de juego[69] o de lotería. En ocasiones se aprecia alea "económica" sin que se presente alea jurídica, como es el caso del co-

---

[64] Lagrange, *Apuntes...* , agrega que todo contrato bilateral es contrato a título oneroso pero no todo contrato oneroso es un contrato bilateral. Por ejemplo, el contrato de mutuo con intereses es un contrato oneroso pero unilateral.

[65] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 33 y 34; Dominici, *ob. cit.*, pp. 529 y 530; Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 190; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 431-433; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 347; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 113-118; Elia, *ob. cit.*, pp. 70-72; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 148 y 149.

[66] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 79-92.

[67] Véase: Pérez Gallardo, Leonardo B.: *Los contratos aleatorios en los Códigos Civiles Iberoamericanos*. En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 33-48; Valdés Díaz, Caridad del Carmen: *Apuntes sobre alea y condición en los negocios jurídicos contractuales*. En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 17-32.

[68] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 33.

[69] Véase: Carmon, Juan*: La excepción de juego en el derecho civil venezolano. ¿Qué es jurídicamente el 5 y 6?.* Caracas, Tipografía Americana, 1950.

merciante que compra un lote de miles pares de zapatos para revender, en cuyo caso el alea no es jurídica[70].

Algunos distinguen entre alea y el riesgo. La primera es más amplia y supone la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de pérdida y por tal bilateral. El riesgo supone la probabilidad de daño y es unilateral[71]. El riesgo es un elemento inherente a toda empresa humana pues el hombre no puede prever y controlar los eventos que modelan su actividad. De allí que todo negocio jurídico trae aparejado un riesgo consistente en que el conjunto de variables tenidas en cuenta por el sujeto no se comporte en la forma esperada o planificada[72]. A su vez, se distingue entre "alea" y contratos "aleatorios"[73].

También se diferencia entre contratos aleatorios por "naturaleza" como la venta de la esperanza y contratos aleatorios por "voluntad de las partes", como el contrato de apuesta, el contrato de juego o de lotería[74]. Pueden mencionarse como típicos contratos aleatorios la renta vitalicia[75], el seguro, la apuesta[76], la fianza[77]. Y como novedosos contratos aleatorios los programas de entretenimiento de la televisión, la ganancia de un premio por determinado producto, etc.[78]. Lo azaroso del contrato está dado porque la producción

---

70 Lagrange, *Apuntes*...

71 Ojeda Rodríguez, *ob. cit.*, p. 155.

72 González Montoya, Marcos: *La percepción y tratamiento del riesgo en los negocios de inversión extranjera.* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, p. 125.

73 Nantillo, Ignacio: *De Aleatoriis Pactis*, pp. 173-194, www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/.../08-ensayo-nantillo.pd "En principio, debe distinguirse el alea en los contratos del contrato aleatorio. Lo primero supone la aparición de hechos futuros e inciertos que interfieren con el cumplimiento de un contrato. Lo segundo supone la creación de obligaciones contractuales sobre la base de hechos futuros e inciertos. Lo primero supone una contingencia; lo segundo, una disposición; lo primero es una imposición extrínseca; lo segundo, una imposición intrínseca. Ambas expresiones no reflejan lo mismo, resultando distintas". (*ibid.*, p. 174).

74 Lagrange, *Apuntes*..., Por ejemplo, el contrato que se efectúe con el dueño de una hacienda para la adquisición de su cosecha de maíz del año próximo por cierta cantidad de bolívares. Y me obligo a pagar ese precio ya sea que la cosecha llegue a existir y me sea entregada o no llegue a existir porque se frustre por el mal tiempo. El comprador sabe que debe pagar un precio pero no sabe si está equilibrado por la recepción de la prestación que espera. Se distingue de la venta de cosa futura. Se trata de un contrato que versa sobre un objeto que todavía no existe pero que se espera que llegue a existir.

75 Véase: Gastaldi y Centanaro, *ob. cit.*, p. 62, el alea del contrato es la vida, y no puede estar sujeto a otras limitaciones pues de lo contrario se convertiría en un contrato de plazo incierto.

76 Dominici, *ob. cit.*, p. 530, alude a seguro, juego, apuesta y renta vitalicia. Véase: Nantillo, *ob. cit.*, pp. 186-188, el autor alude Contratos "lúdicos" como aquellos contratos que tienden a la recreación de las partes intervinientes, con o sin un interés lucrativo., entre los que incluye el contrato de juego y el contrato de apuesta (el autores refiere diversas variaciones).

77 Véase: Nantillo, *ob. cit.*, p. 193.

78 Delgado Vergara, Teresa: *El contrato aleatorio de renta vitalicia. Especial referencia como una vía de protección jurídica a las personas con discapacidad o dependencia.* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, p. 107; Gastaldi y Centanaro, *ob. cit.*, p. 23, aluden a contratos aleatorios por su propia naturaleza la renta vitalicia, la apuesta, la rifa, seguro, préstamo a la gruesa.

del suceso incierto determinará una situación ventajosa o no de una de las partes o ambas. Para algunas una parte gana y la otra pierde. La posibilidad de ganar o perder puede ser unilateral o bilateral, es decir, para una o ambas partes, como puede ser el contrato de servicio de mesa buffet en el que el alea concurre sólo para el empresario y no para el comensal[79]. Algunos dudan de la fianza[80] e inclusive del contrato de seguro[81]. Para algunos la lesión[82] y la imprevisión son exclusivas de los contratos conmutativos onerosos[83]. Se admite a pesar de la discusión que los contratos aleatorios si bien generalmente son onerosos bien pudieran ser gratuitos[84].

4.4. Según el modo de perfeccionamiento: *consensuales*[85]*/reales/solemnes o formales*[86].

Los contratos consensuales se perfeccionen por el sólo consentimiento, por el simple acuerdo de voluntades al margen de cualquier formalidad[87]. En nuestro ordenamiento constituyen la regla general[88] (compraventa, arrendamiento[89], mandato, permuta, de obra o sociedad); los reales precisan la entrega de la cosa[90] (mutuo, comodato, depósito o prenda) los solemnes requieren

[79] Delgado Vergara, *ob. cit.*, pp. 104 y 105; Gastaldi y Centanaro, *ob. cit.*, p. 22, en los restaurantes de "tenedor libre", el comensal conoce las ventajas que se le ofrecen y lo que le van a pagar, mientras que el dueño del local ignora lo que consumirá cada cliente.

[80] Véase: Ojeda Rodríguez, Nancy de la C.: *La fianza: ¿acaso un contrato aleatorio?* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 153-168.

[81] Véase: Franzoni, Massimo: *El seguro entre los contratos aleatorios.* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 171-194; Vigil Iduate, Alejandro*: El alea en el contrato de seguro*. En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 195-212; Vázquez Pérez, Arsul José: *La interpretación del contrato de seguro y los dilemas de hermenéutica contractual.* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 213-232.

[82] Toda vez que para que pueda hablarse de un contrato lesivo o desproporcionado por lesión el desequilibrio debe existir al momento de la celebración del contrato y ello no acontece en el contrato aleatorio.

[83] López Santa María, *ob. cit.*, p. 117.

[84] Gastaldi y Centanaro, *ob. cit.*, p. 22.

[85] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 35, el contrato consensual requiere sólo la voluntad de las partes y nada más. En el mismo momento que se ponen de acuerdo las partes queda perfeccionado. Vale aclarar que no se de confundir que se perfecciona con el simple consentimiento con la necesidad de formalidades *ad probationen,* por ejemplo, no se admite prueba testimonial para obligaciones mayores a 2000 bs. (CC, art. 1.387); Dominici, *ob. cit.*, p. 531.

[86] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 38, el contrato formal, además del consentimiento, requiere cumplir con una determinada solemnidad establecida en la ley; O´ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 530; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 186 y 187; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 427-429; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 120-127; Elia, *ob. cit.*, pp. 55-59; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 175 y 176.

[87] Véase: Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 35, requieren solo de la voluntad de las partes; el documento no es el contrato sino su prueba.

[88] Véase: CC, arts. 1141 y 1142.

[89] Cabe dudar del arrendamiento dada las exigencias que propicia la ley especial de orden público sobre la materia.

[90] Véase: Gastaldi y Centanaro, *ob. cit.*, p. 97, los contratos reales no necesitan consentimiento, sino que a éste debe agregarse la entrega de la cosa objeto del mismo para su perfeccionamiento. Queda claro que esta dación se efectúa para hacer nacer el contrato, no para extinguir una obligación. Es por tanto constitutiva y no extintiva.

formalidad especial[91]. En tales es relevantes la "forma"[92]. El contrato real es de origen romano y se caracteriza esencialmente por la entrega de la cosa[93].

Señalaba Lagrange que el "contrato real es un verdadero anacronismo en los tiempos modernos", pues precisa además del consenso o acuerdo de voluntades de la entrega de la cosa objeto del contrato. Nuestro ordenamiento conoce cinco figuras de contrato real: el mutuo, el comodato, la prenda, el depósito y aunque discutido la anticresis[94]. Finalmente, vale referir el contrato "solemne" que amén del acuerdo de voluntades precisa del cumplimiento de una formalidad distinta a la entrega de la cosa. El contrato solemne por excelencia es la donación (CC, art. 1439) en el que la ley busca que la persona que se empobrece (donante) no lo haga en un momento de irreflexión sino con las debidas garantías o formalidades. El consensualismo presenta sin embargo ciertos inconvenientes, por ejemplo en materia de inmuebles respecto de terceros según lo prevé el CC, art. 1924 que prefiere entre varios adquirentes al primero que haya registrado el título[95]. Por lo que en algunos casos será importante la forma del contrato[96]. Modernamente se alude a la "consensualización de los contratos reales", pues existe una tendencia moderna a abolir la categoría del contrato real y a reemplazar sus actuales tipos específicos por sendos contratos consensuales, aunque que se concluye que "en la práctica sea más bien una conversión de tales contratos en solemnes, de los cuales hay un paso a los reales nuevamente; pues no es infrecuente que la parte activa, o la pasiva en el caso del depósito, antes de aceptar contratar, exijan un escrito, y que no se allanen a firmarlo

---

91 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 38.

92 Véase sobre la "forma en los contratos": Lalaguna Domínguez, *ob. cit.*, 2003, pp. 85-104.

93 López Santa María, *ob. cit.*, p.p. 124 y 125.

94 Véase: Morles Hernández, Alfredo: *Garantías Mercantiles.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2007, pp. 177-178, la anticresis es una "garantía con respecto a la cual se ha producido una inacabada e irresuelta controversia respecto a su naturaleza jurídica". La "doctrina nacional está dividida: Sanojo, Dominici, Ramírez, Egaña y Lovera sostienen es un derecho personal. En sentido contrario: Kummerow y Aguilar Gorrondona, si bien afirman que es un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 1855 CC), concluyen que a pesar de las controversias, "no produce efectos reales sino meramente personales". Véase también: Garrido Cordobera, Lidia: *Anticresis: Un instituto vigente.* Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996, pp. 33-34; Lovera, Marco: *El contrato de anticresis.* Caracas, UCAB, 1993, pp. 29 y 43-68; Morles Hernández, Alfredo: *La naturaleza del derecho de anticresis y su eventual conflicto con los derechos reales.* En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Nº 129, Caracas, 1965, pp. 123-134.

95 Lagrange, *Apuntes*..., agrega que en materia de títulos valores en el Derecho Mercantil aplican ciertos formalismos rigurosos pues por ejemplo en necesario la mención de "letra de cambio" a los fines de la validez del título. Por otra parte, no puede existir promesa consensual de contrato solemne. Contrariamente algunos admiten la promesa consensual de contrato real, como sería el caso de una promesa de préstamo. Refiere que debe distinguirse las formalidades habilitantes, de las de publicidad y de las de prueba, pues ellas son ajenas a las formalidades *ad solemnitatem* que son las que ley exige para el contrato.

96 Véase: Paladini, Mauro: *La forma del contrato.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, trad. Mónica Lucía Fernández Muñoz, pp. 97-118.

mientras no haya traspaso de la cosa. O sea, más o menos como se hace hoy, porque, aun siendo reales los contratos, si presentan alguna envergadura patrimonial, siempre se ven cubiertos por un acto escrito, cuyo momento de suscripción suele coincidir con el momento del traspaso mismo de la cosa".[97].

4.5. Según su carácter: *preparatorios/principales/accesorios*[98]

En atención al proceso de formación progresiva de los contratos se distingue entre contratos *preparatorios o preliminares* necesarios para la celebración de otro, el cual es diverso a la figura del precontrato. Y por otra parte, contrato *principal* es el que cumple por sí solo un fin propio sin precisar su conexión o relación necesaria con otro. El accesorio existe sólo en virtud de su relación como consecuencia de un contrato principal anterior[99].Importante respecto de la aplicación del aforismo "lo accesorio sigue la suerte de lo principal"[100]. El contrato principal pues no depende de otro contrato: en tanto, que el contrato accesorio depende en lógica de otro contrato. Ejemplo típico de este último es el contrato de garantía (prenda, hipoteca o fianza) aunque no son los únicos. Cabe por ejemplo el contrato de contabilidad como dependiente de un contrato de cuenta corriente. El contrato accesorio sigue la suerte del principal. Excepcionalmente acontece que el contrato accesorio influye sobre la suerte del principal (CC, 1213 y 1894)[101]. Los precontratos o antecontratos, al igual que el contrato no pueden ser modificados unilateralmente, salvo en los casos que la ley lo autoriza[102].

4.6. Según la duración de la prestación: *de tracto o cumplimiento instantáneo/de tracto o cumplimiento sucesivo*[103]

El contrato *de tracto o cumplimiento instantáneo* es aquel que comporta una sola ejecución; se ubica la venta, permuta o el préstamo; en el segundo que

---

[97] Guzmán Brito, Alejandro: *La consensualización de los contratos reales.* En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile, XXIX, Julio 2007. pp. 35-60, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512007000100001&script=sci_arttext "...En las modernas codificaciones quedó indirectamente consagrado el consensualismo como principio general del Derecho de contratos, cuando, en síntesis, para obligarse solo se pide que dos partes capaces consientan sin vicios... Pero todos saben que de hecho no es así. Lo que aparenta ser principio general es en la práctica excepcional, y queda relegado al ámbito teórico. Son muchas las exigencias de formalidades de diversa naturaleza para un sinnúmero de actuaciones jurídicas que fulmina la ley, y, cuando no es ésta la que las exige, es tanta la desconfianza social hacia la mera palabra dada, que son los propios particulares quienes las piden; de esta manera, en los hechos, el recurso a los acuerdos meramente consensuales queda reducido al ámbito de las relaciones jurídicas entre parientes y amigos, y aun así, para operaciones de poca monta".

[98] Elia, *ob. cit.*, pp. 74 y 75; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 145.

[99] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 36; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 191 y 192, importante por el precontrato; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 443-454; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 118-120; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 160-162, alude a contratos preparatorios y contratos "definitivos".

[100] López Santa María, *ob. cit.*, p. 119, tales como la extinción.

[101] Lagrange, *Apuntes...*

[102] Planchart Pocaterra, *Los contratos...*, p. 303.

[103] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 530; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 433; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 135-137; Elia, *ob. cit.*, pp. 72 y 73; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 156-165, el autor a propósito de la "duración" alude a contratos de duración determinada y de duración indeterminada.

supone la duración de la ejecución de la prestación, existe una prolongación del cumplimiento en el tiempo; se ubica por ejemplo el comodato o el arrendamiento o la renta vitalicia. El instantáneo no supone que el contrato necesariamente reciba ejecución de manera inmediata pues puede estar diferida, sino que el contrato es ejecutado en un solo acto. Los de tracto sucesivo pueden ser de ejecución continuada (arrendamiento, comodato) o de ejecución periódica (suministro o renta vitalicia[104]).

En los de tracto sucesivo el tiempo de cómputo del plazo de las acciones para reclamar el cumplimiento de cada prestación debida correrá separadamente para cada período transcurrido desde que éste se inicia[105]. La distinción entre contrato de ejecución instantánea y de tracto sucesivo es importante por ejemplo a propósito de la resolución pues su efecto retroactivo a los contratos de ejecución instantánea pero tal efecto está excluido en los contratos de tracto sucesivo. Mal se podría aplicar retroactivamente en tales contratos. Así mismo, los efectos de la excepción de incumplimiento prevista en el artículo 1168 CC funcionan diferentes; en los contratos de ejecución instantánea, se suspende para un momento posterior los efectos del contrato. En tanto que en los contratos de tracto sucesivo, el efecto práctico de ella es el de suprimir el lapso durante el cual se deje de cumplir la prestación.

Desde el punto de vista de la prescripción tratándose de contratos de tracto sucesivo, la prescripción del derecho a exigir las respectivas prestaciones comienzan a correr desde el momento en que cada prestación es exigible si el contrato es de ejecución periódica o desde el momento del respecto vencimiento pactado cuando el contrato es de ejecución continuada. Finalmente, la figura del preaviso para culminar el contrato es aplicable respecto de los contratos de tracto sucesivo y de duración indeterminada[106].

4.7. Según las normas legales que lo regulan: *nominados e innominados*[107]. *También denominados típicos o atípicos*[108].

Prevé el artículo 1140 CC: *"Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respecti-*

---

[104] Así como a nivel bancario los contratos de apertura de crédito o cuenta corriente.

[105] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 40.

[106] Lagrange, *Apuntes*...

[107] Véase: Elia, *ob. cit.*, pp. 67-70.

[108] Véase: Gorrín Falcón, Guillermo: *Ensayo sobre la calificación del contrato atípico en Venezuela (determinación del régimen jurídico aplicable)*. En: V Jornadas Aníbal Dominici Homenaje Dr. José Muci-Abraham. Títulos valores, Contratos Mercantiles. Coord. José Getulio Salaverría L., Caracas, 2014, pp. 57-149; Díaz Molina, Ivan Darío: *Los contratos atípicos*. En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo I, pp. 341-364; Gutiérrez Camacho, Walter: *Los contratos atípicos*. En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 293-321; Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana: *Contratos atípicos*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 351-367.

vos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales"[109].

El contrato nominado tiene una regulación específica establecida en la ley a diferencia del innominado que no la tiene. Es posible que la ley mencione y le dé nombre a determinado contrato y no lo regule en cuyo caso será "innominado", por lo que no se atiende al hecho intrascendente de que la ley le conceda un apelativo a un contrato, lo importante es que exista una disciplina o regulación legal[110]. Los contratos innominados son aquellos que no pueden clasificarse en categorías legales específicas, ejem: edición, suministro, exhibición, función teatral, etc.[111]. Se aprecia decisión judicial que incluye el "bolso de dinero"[112].

Respecto de los contratos atípicos la ley no ha predispuesto una particular disciplina y regulación[113], sus modalidades no son susceptibles de ser enumeradas en forma exhaustiva y derivan en definitiva de las cambiantes necesidades económicas[114]. Se afirma que los contratos atípicos son expresión de la autonomía de la voluntad, específicamente de la libertad contractual[115].

Respecto de la interpretación e integración de los contratos atípicos la doctrina ha fijado varios criterios: la teoría de la absorción según la cual debe determinarse el elemento preponderante y aplicarles las normas del contrato típico que correspondan; la teoría de la combinación según la cual si el contrato presenta ciertos elementos que pertenecen a contratos típicos han de utilizarse estos para su configuración; la teoría de la analogía que busca el contrato típico más afín y le aplica su regulación positiva. Pero la autonomía de tales contratos permite alejarse de la tesis de la combinación[116].

---

[109] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 211-230.

[110] Lagrange, *Apuntes*... El contrato innominado surge del imperativo de la práctica y luego la ley lo regula. Son contratos innominados: el contrato de apertura de crédito, de pensión de animales, de arrendamiento de películas, de corretaje de bolsa, de transmisión de noticias.

[111] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 41-43; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 129-134. O´ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 530 y 531: Santos Briz, ob .cit., pp. 325-345 (contratos atípicos); Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 195-202; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 418; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 348; Lasarte, *Curso...*, pp. 310-312.

[112] Véase: Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sent. 5-12-11, Exp. KP02-R-2011-001343, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/.../678-5-KP02-R-2011-001343-11-1864 "se trata de una obligación derivada de un contrato innominado denominado "bolso de dinero", el cual por su naturaleza no es un juego de envite o azar, ni tampoco una apuesta, donde una parte gana y otra pierde, sino que se trata de un contrato en el cual un grupo de personas se obligan a aportar una cantidad de dinero fija, que puede ser semanal o mensual, durante un lapso determinado, a cambio de recibir la totalidad de los aportes al que está obligado entregar, en la fecha que le corresponda".

[113] Santos Briz, *ob. cit.*, p. 327.

[114] *Ibid.*, pp. 325 y 326.

[115] Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...*, p. 259.

[116] Rengifo García, Ernesto: *Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 47 y 48.

El contrato atípico se rige por la autonomía privada en cuanto no esté modificada por normas imperativas. En lo no previsto, se debe recurrir a los principios generales de las obligaciones, de los contratos y de los hechos y actos jurídicos y subsidiariamente se aplicará el régimen de los contratos típicos análogos[117]. Para otros en primer término aplican analógicamente las normas legales que correspondan a un contrato nominado con el que se tenga afinidad[118], en tanto para otros cuando la voluntad de las partes no sea suficiente para interpretar el contrato atípico les resultarían aplicables los principios y normas de la doctrina general de los contratos[119]. El problema de acudir a la analogía con otro contrato típico radica en que tal vez la regulación de tal no sea del todo adecuada, por lo que afirma que posible que solo sea factible aplicar algunas normas según el caso, por lo que luego de pasearse por las voluntad de las partes, se podrá acudir a los principios generales del Derecho de Obligaciones en particular como del Derecho en General[120].

Sin constituir una clasificación unánimemente admitida algunos aluden a contratos **mixtos**, integrados por la combinación de diferentes tipos regulados en la ley, siendo síntesis y no suma de diversos elementos[121]. La tendencia apunta a que su interpretación debe dirigirse por la voluntad de las partes cuando dicha libertad no contraríe el orden público y las buenas costumbres[122]. Gorrin distingue entre contratos atípicos puros con tipicidad social, contratos atípicos puros sin tipicidad social y contratos mixtos, y según el tipo de contrato se propone acudir a la autorregulación de las partes salvo que sea contraria a las normas imperativas o a la analogía o a los principios generales del Derecho[123]. Vale recordar que ésta última es mejor opción si la analogía con el pretendido contrato típico no resulta satisfactoria dadas las diferencias. Pero valdría mejor acudir primero a los normas de la "doctrina general de los contratos".

4.8. Según la igualdad o desigualdad de las partes: *paritarios/de adhesión*[124]

---

[117] Morello, *ob. cit.*, p. 68.

[118] Lagrange, *Apuntes*...

[119] Camacho López, María Luisa: *Régimen aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana.* REVIST@ e – Mercatoria Volumen 4, Número 1 (2005), http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625884.pdf "...deben ser necesariamente aplicadas tanto si el contrato es de la naturaleza de los típicos, como de la naturaleza de los atípicos, en esta medida no resuelven la discusión planteada..., por lo que la teoría utilizada dependerá de la categoría de contrato atípico de la cual se trate".

[120] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 43.

[121] Santos Briz, *ob. cit.*, p. 327; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 419.

[122] Rengifo García, *ob. cit.*, p. 48.

[123] Gorrín Falcón, *Ensayo*..., pp. 138-144.

[124] Véase: Kummerow, Gert: *Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho Privado.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1956, Vol. XVI; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Contratos de Adhesión*; http://www.menpa.com/PDF/2007-Contratos_de_adhesion_CEAS.pdf; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Contratos Bancarios de Adhesión,* http://www.menpa.com/PDF/Articulo.pdf; Morles Hernández, Alfredo: *La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 132, Universidad Central de Venezuela, 2008, pp. 131-152; Va-

En los paritarios rige en principio la igualdad en la fase de formación del contrato. En los de adhesión las cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes y no admite que se les modifique a través de contraofertas; se acepta pura y simplemente o no se contrata[125]. En oposición al contrato libremente negociado, el contrato de adhesión somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato[126].

Se alude por oposición a contrato de adhesión a "contrato libremente discutido"[127]. En los paritarios rige la igualdad y el "regateo", teniendo las partes alguna posibilidad de hacer valer sus propios intereses, las partes se tratan de "igual a igual", en tanto que en los segundos está excluida la posibilidad de discusión y regateo[128], esto es, la previa negociación no existe[129]. En los contratos de adhesión las partes se encuentran en muy distinta posición y grado de poder contractual[130]. Suponen una redacción previa del contrato por una de las partes y la otra simplemente lo acepta o lo rechaza[131]. Esto es, las cláusulas están predispuestas por una sola de las partes contratantes. Se alude en tal caso a "contratación en masa"[132] porque la situación del mercado y algunos servicios harían imposible una contratación individual[133]. La

llespinos, Carlos Gustavo: *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales.* Buenos aires, Editorial Universidad, 1984; Silva-Ruiz, Pedro F.: *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (Condiciones generales de los contratos o de la contratación y cláusulas abusivas).* En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 35-63; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 51-53; Sequera, *ob. cit.*, pp. 199-202; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 29-32; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 206-215; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 202-207, indica el autor que fue Saleilles quien en 1910 utilizó la expresión (*ibid.*, p. 203); Elia, *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

125 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 435.

126 Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 120.

127 López Santa María, *ob. cit.*, p. 140.

128 Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 51 y 52.

129 Domínguez Hidalgo, *ob. cit.*, p. 245, o al menos se ha dado en unos reducidos márgenes; Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...*, p. 254, el contrato de adhesión carece de negociación.

130 Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 269; TSJ/SConst., Sent. Nº 1049 23-7-09, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1049-23709-2009-04-2233.HTML; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-7-10, Exp. AP42-N-2008-000244, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/julio/1478-13-AP42-N-2008-000244-2010-906.html el riesgo principal es la posibilidad de cláusulas abusivas.

131 Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 37.

132 Véase: De la Puente y Lavalle, Manuel: *La contratación masiva.* En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 309-335; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 12-7-10, Exp. 01312-C-09, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/julio/1625-12-01312-C-09-.html "En la actualidad la contratación en masa... el consumidor si quiere adquirir el bien o recibir el servicio no tiene otra posibilidad..., que adherirse al contrato redactado por el proveedor"; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-7-10, Exp. AP42-N-2008-000244, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/julio/1478-13-AP42-N-2008-000244-2010-906.html.

133 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 579.

contratación en masa hace imposible una negociación particularizada[134], de allí que la libertad contractual queda reducida en el contrato de adhesión a la libertad del adherente de contratar o no contratar[135].

Su aparición es consecuencia de un fenómeno de naturaleza económica en estos tiempos, convirtiendo a una de las partes en débil jurídico y económico. Se presenta en materia de seguro, bancario[136], transporte suministro de agua, gas, electricidad[137]. Sería imposible que cada contrato de suministro de servicios (agua, teléfono, etc.), transporte, seguro, banca, supongan una negociación particularizada. El contrato de adhesión constituye el campo preferido del orden público de protección[138], porque tiende el predominio del contratante económicamente más fuerte quien impondrá las cláusulas que les resulten más favorables; el contratante económicamente más débil no tiene otra alternativa que la de contratar o no contratar. De allí según refiere Palacios la protección del Estado ante la debilidad que se encuentra el particular frente a la empresa[139].

Algunos califican de contratos "predispuestos" aquellos en que una parte previamente redacta y la otra se adhiere y la libertad de contratación se encuentra ausente. Los contratos de adhesión son verdaderos contratos pero la diferencia radica en el proceso de formación del contrato[140]. La facultad de redactar el contrato representa un ventaja para el oferente, ya que puede elegir las cláusulas a su voluntad[141]. Son características normales de los contratos de adhesión: la existencia de una oferta permanente de bienes o servicios dirigida a una persona indeterminada; que la oferta de la cual se trata suponga un servicio de utilidad pública; el contrato se encuentra normalmente redactado en un formulario impreso[142]. De allí el papel borroso que desempeña la voluntad en los contratos de adhesión[143], y por eso las debidas limitaciones que se imponen a la autonomía de la voluntad en tales contratos[144].

---

[134] Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. IV, p. 230; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 434-437, necesarios en la economía moderna pues las grandes empresas no podrían discutir las condiciones con cada cliente.

[135] Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...*, p. 254.

[136] Véase: Jiménez Jiménez, Mara: *Los principales derechos y obligaciones en el contrato de emisión de tarjetas de crédito*. En: Revista de Derecho Nº 19, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, p. 88.

[137] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 48.

[138] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 121.

[139] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 132.

[140] Silva-Ruiz, *ob. cit.*, p. 44. Véase también: Soto, Carlos Alberto: *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 369-438.

[141] López Santa María, *ob. cit.*, T. I, p. 151.

[142] Lagrange, *Apuntes*...

[143] Sequera, *ob. cit.*, p. 199.

[144] Véase: Morles Hernández, *La total...*, pp. 137-149.

A propósito de los contratos de adhesión o predispuestos, se alude entre las tendencias de la contratación actual a estandarización[145] (tendencia los contratos de adhesión por la sociedad del consumo); despersonalización (se prescinde de las condiciones del contratante); intervencionismo e internalización[146]. En tales se prohíbe la inclusión de cláusula arbitral la cual debe tener lugar por instrumento aparte[147].

Se aprecia decisión judicial que reseña como principio de interpretación en los contratos de adhesión, la interpretación más favorable al adherente que no redactó el contrato[148]. Lo cual es lógico considerando que resulta difícil considerar la intención de las partes cuando una de ellas no participó en forma alguna en la formación y redacción del contrato. En sentido semejante se manifiesta la Sala Constitucional a propósito de las tarjetas de crédito[149]. En efecto, las dudas suscitadas en materia de derecho de consumo deben ser resueltas siempre a favor del consumidor, por ser la parte más débil del contrato[150].

4.9. Según que produzcan efectos para las partes o también para terceros que no han participado en el mismo: *individuales/colectivos.*
Cuando se contrapone contrato individual contra contrato colectivo se atiende a la "individualidad" de los intereses. El contrato individual es el instrumento jurídico económico de la actividad del individuo. Y como opuesto a éste se ubica el contrato colectivo, al que algunos le niegan la calificación de contrato en sentido técnico, pues está referido a los intereses de un grupo de personas. La figura del contrato colectivo por excelencia es el de "trabajo", cuyas estipulaciones se entienden como mínimas en el sentido de que se incorporan o entienden incorporadas a cada contrato individual del trabajo

---

[145] PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...,* p. 255, el contrato de adhesión constituye una manifestación de la denominación "estandarización de los contratos", es decir, aquel fenómeno por el cual los contratos se celebran con base a esquemas o modelos contractuales predispuestos.

[146] ALIOTO y Gabriel DE REINA TARTIÉRE, *ob. cit.*, pp. 43-51.

[147] Véase: *Ley de Arbitraje Comercial,* art. 6; CHACÓN, Nayibe*: La protección de dos derechos constitucionales: el arbitraje de los contratos de consumo.* En: Tendencias actuales del Derecho Constitucional Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello"/ Universidad Central de Venezuela, 2007, T. II, 545-563; AARONS P., Fred: *Los medios alternativos de solución de controversias y las transacciones financieras.* En: Memoria Arbitral, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Caracas, 2011, Coordinadora: Milagros Betancourt C., pp. 15-17; TSJ/SConst., Sent. 192 del 28-2-08.

[148] Véase: http://merida.tsj.gob.ve/decisiones/2010/octubre/962-11-9691-.html (dato incompleto en la web) siguiendo a José Leyva Saavedra,... En caso de contradicción o divergencia entre dos cláusulas generales, la cuestión deberá resolverse a favor de aquella que tenga mayor importancia de acuerdo con la economía del contrato. Cuando no sea posible determinar cuál de las cláusulas tenga mayor importancia, se aplicará la regla de interpretación *contra proferentem* y, con ello, se deberá elegir la cláusula más beneficiosa para el adherente".

[149] Véase: TSJ/SConst., Sent., Nº 1419 del 10-7-07; QUIROZ RENDÓN, *ob. cit.*, p. 375.

[150] VIGURI PEREA, Agustín: *Los contratos de adhesión: nuevas tendencias en la evolución de la protección del consumidor en el Derecho estadounidense,* p. 79. http://dspace.uah.es/.../Los%20Contratos%20de%20Adhesión.%20Tendencias.

correspondiente[151]. De allí que en materia laboral se aluda a contrato individual y a contrato colectivo de trabajo[152]. El contrato colectivo se delimita por un grupo de personas vinculadas por un interés económico común. Por ejemplo, el contrato colectivo laboral[153].

4.10. Según la naturaleza personal de la prestación: *ordinarios/intuitu personae*[154].

Los contratos ordinarios pueden ser cumplidos por cualquier persona y no únicamente por el deudor. En los contratos personalísimos o *intuitu personae* la prestación no puede ser cumplida por un tercero en atención a que fue contraída dada las cualidades de las partes. El contrato *intuito personae* se celebra en consideración a las cualidades personales de una de las partes contratantes. Puede ser personalísimo respecto de una sola de las partes contratantes o respecto de ambas. Por ejemplo, el contrato de obra es personalísimo respecto a la persona del contratista pero no respecto de la persona del comitente. Es *intuito personae* en algunos casos el contrato de prestación de determinados servicios profesionales como es el caso del abogado[155] o del médico, cuando se pactan en atención a las cualidades de estos. Los contratos gratuitos son *intuito personae* como es el caso de la donación y de allí que el error en la persona sea determinante a los fines de su anulación. La ejecución forzosa en forma específica está excluida en los contratos personalísimos. Si la prestación es personalísima o infungible, no puede sustituirse en su ejecución un tercero. Por lo que si la parte que se niega a cumplir una prestación personalísima solo queda la vía del cumplimiento por equivalente[156]. La voluntad de las partes también pudiera hacer *intuito personae* el contrato[157]. Aun cuando fuera del área del Derecho Civil, es claro que por ejemplo el contrato de "trabajo" es personalísimo o infungible[158].

---

151 Lagrange, *Apuntes*...

152 Véase: Romanik Fonsea, Katy: *La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales.* Chile, Aporte al Debate Laboral 29, febrero 2014, p. 17, http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-103032_recurso_1.pdf.

153 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 45 y 46; López Santa María, *ob. cit.*, pp. 138-140; Elia, *ob. cit.*, p. 77.

154 Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 49.

155 Ortega Reinoso, Gloria: *Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial.* En: Revista Jurídica de Castilla y León Nº 34, septiembre de 2014, pp. 17, 23, 37 y 40, www.jcyl.es/.../Gloria%20Ortega%20Digital.pdf?.

156 Lagrange, *Apuntes*...

157 Véase: TSJ/SCC, Sent. 00663 del 7-11-03, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-00663-071103-02052.HTM "SEXTA: El presente contrato se considera "intuito personae", en virtud de los cuales ninguna de las partes podrá cederlo o traspasarlo total o parcialmente y sustituye cualquier otro convenio firmado con anterioridad". A pesar de esa omisión, el juez de alzada llegó a la conclusión de que "*tales modificaciones en nada perjudicaban al vendedor....* Es evidente que la recurrida llegó a tal conclusión sin analizar las referidas cláusulas del contrato".

158 Véase: TSJ/SCS, Sent. 06-3-03, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/RC128-060303-02560.HTM ; Tribunal Primero de Primera Instancia de Sustanciación Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 8-6-09, Exp. SP01-L-2009-000360 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/junio/1336-8-SP01-L-2009-360-JUNIO2009-10.html.

4.11. Según la expresión de la causa del contrato: *causados/abstractos*. Son causados los que cuentan con causa como elemento esencial del contrato mientras que los abstractos carecen de ella o si la tienen no constituye un requisito esencial de los mismos (por ejemplo letra de cambio, obligaciones al portador C.Com, arts. 300 y ss.) aunque siempre existe una vinculación con la relación jurídica subyacente[159].

4.12. Por su conexión con otros contratos se alude a *"contratos enlazados o grupos de contratos"*[160], que tienen lugar cuando varios contratos independientes están en alguna forma conectados de modo que la vigencia, cumplimiento o interpretación de un contrato tiene efecto sobre otro[161]. Se alude a contratos "*conexos*"[162] a aquellos que están tan estrechamente relacionados que a pesar de constituir contratos separados en la práctica funcionan como uno. Por ejemplo el arrendamiento financiero o *leasing* y de tarjeta de crédito[163], los múltiples contratos que se pueden celebrar con ocasión de un evento. Se coloca el ejemplo del subcontrato, a saber, un nuevo contrato derivado y dependiente de otro previo de la misma naturaleza[164], muy común en materia de obras[165]. Ello puede dar lugar a la responsabilidad del deudor por el hecho de un tercero pero que él ha relacionado a la relación obligatoria[166].

4.13. Contratos privados y contratos *públicos*[167]*; civiles y mercantiles*[168], según la materia de que se trate y el régimen al que estén sometidos.

---

[159] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 40 y 41.

[160] Véase: Rodner S., James Otis: *Contratos enlazados (el grupo de contratos)*. En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 253-319; Rodner, James Otis: *Los contratos enlazados: el subcontrato*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008; López Santa María, Jorge: *Las cadenas de contratos o contratos coligados*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica Valparaiso, XIX, Chile 1998, 159-166, www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/406/379 (en lo sucesivo, al referirnos al autor será a su obra "*Los contratos...*").

[161] Rodner S., *Contratos...*, p. 256.

[162] Véase: Lorenzetti, Ricardo Luis: *Redes contractuales y contratos conexos*. En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 113-179; Elia, *ob. cit.*, pp. 78 y 79; Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...*, p. 261, las vicisitudes que afectan uno de los contratos pudieran afectar los demás.

[163] Bernad Mainar, *ob. cit.*, 2006, T. II, p. 23, el leasing implica un arrendamiento con opción de compra que permite la adquisición de bienes y servicios en el ámbito empresarial a cambio de un canon y con la opción para el arrendatario al final del plazo pactado de la adquisición de la propiedad del bien por el precio residual que valga en dicho momento.

[164] López Santa María, *ob. cit.*, p. 214.

[165] Véase: Rodner, James Otis: *El subcontrato de obras*. En: Homenaje a Aníbal Dominici. Coord.: Irene de Valera/José G. Salaverría. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 619-642.

[166] Véase: Banchio, Enrique Carlos: *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*. Buenos Aires, Astrea, 1973. Sucede con frecuencia que el deudor para cumplir su obligación acude a la ayuda de terceros (*ibid.*, p. 13). El deudor es responsable por el hecho de las personas que emplea en el cumplimiento de la obligación (*ibid.*, p. 67). Será responsable por el hecho de aquellas personas que no pueden considerarse como "extrañas" al deudor y que él mismo ha incorporado al cumplimiento de la obligación o voluntariamente las ha relacionado al goce de un derecho, o la uso de una cosa que él debe restituir (*ibid.*, p. 77).

[167] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 29; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 49; Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 71 y 72; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 415, alude a contratos administrativos.

[168] Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 192 y 193; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 414 y 415.

4.14. Contratos *forzosos, obligatorios e impuestos*; son aquellos en los que la intervención del Estado ante la prestación de un servicio público, no sólo se limita a fijar contenido sino a establecer su constitución forzosa[169]. Se alude así en esa esfera intervencionista a contratos *normados* como el del ámbito laboral o arrendaticio[170]. Surgen los contratos "*normados*" cuando el contenido del contrato se encuentra legal o reglamentariamente determinado por los poderes públicos[171]; y los "*normativos*"[172] son aquellos que tienen por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro"[173], los cuales simplemente establecen una regulación uniforme sin regular relaciones concretas entre los contratantes[174]. Se afirma que el objeto de los contratos normativos es la estipulación de normas o principios a que deben atenerse ciertos contratos particulares obligacionales. Se distinguen entre éstos tres categorías: contratos de líneas rectoras, el contrato colectivo de trabajo y figuras similares y contratos en que una de las partes impone a la otra sus normas en virtud de una potestad legislativa propia o delegada del Estado[175]. Se afirma sin embargo, que la única hipótesis en la cual se puede dudar de la existencia de un verdadero vínculo contractual es la que corresponde al contrato impuesto, pues la situación jurídica no se deriva verdaderamente de lo que quieren las partes[176].

4.15. *Contratos tipo*. Variantes de los contratos normativos y colectivos que presentan el modelo concreto de contrato individual, normalmente con formularios impresos[177]. Es un acuerdo de voluntades por el que las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos, que se celebrarán masivamente[178]. Generalmente asociados a los de adhesión.

4.16. Contratos *entre presentes y contrato entre distantes*, en atención a la formación progresiva del contrato[179]. Algunos aluden a "ausentes" pero

---

[169] Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 44 y 45; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 439 y 440; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 167-180; LASARTE, *Curso...*, pp. 378 y 379.

[170] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 45.

[171] LASARTE, *Curso...*, p, 379; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 45.

[172] Véase: DE LA CUESTA SÁENZ, José María: *Contratos normativos.* En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T. 2, pp. 207-227.

[173] DE LA CUESTA SÁENZ, *ob. cit.*, p. 211.

[174] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 45; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 537, el concepto de contrato normativo resulta confuso. Un sector doctrinal lo utiliza en sentido amplio de contratos normados como sometidos a normas imperativas. Pero tal concepto es inoperante pues todos los contratos están sometidos a la ley. Otro sector doctrinal identifica normado con convenio colectivo. Por último se consideran en sentido estricto, contratos normativos privados futura, acaso en masa: bien entre las partes, bien entre los posibles oferentes o adquirentes. Por ejemplo, todos los industriales de un gremio convienen entre sí emplear una cláusula uniforme o no vender debajo de tal precio.

[175] SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 71.

[176] LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 118.

[177] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 46.

[178] LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 180-187.

[179] Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T.III, p. 50, el autor refiere que la distinción más que basarse en la ausencia o la no presencia de los contratantes al tiempo de la contratación, habría que buscarla

preferimos la expresión "distantes", toda vez que el ausente es aquel de cuya existencia se duda[180].

4.17. Modernamente se alude a "c*ontrato electrónico*"[181] o informático[182], manifestación moderna la contratación[183] que acontece cuando su celebración ha tenido lugar a través de redes informáticas[184], más específicamente se celebran o perfeccionan por medios electrónicos o telemáticos[185].

5. Elementos o condiciones[186]

5.1. *Generalidades*

Los elementos o condiciones del contrato aluden a las circunstancias necesarias para su existencia o validez. Esto es, integran el contrato y contribuyen a la válida formación del mismo. Algunos distinguen elementos esenciales[187]

---

en la formación instantánea o progresiva del contrato, de manera que un contrato entre presentes concluido en forma progresiva ha de ser asimilado legalmente al contrato entre personas distantes y as su vez, un contrato por vía telefónica, formado instantáneamente entre personas distantes, apenas se diferencian en algo del contrato entre presentes.

[180] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El procedimiento de ausencia. En:* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 3. Caracas, 2014, pp. 13-270, en: www.rvlj.gov.ve.

[181] Véase: Chacón Gómez, Nayibe: *Contratación electrónica: realidades venezolanas*. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nº 148, 2010, pp. 203-230; Rico Carrillo, Mariliana: *El contrato electrónico como fuente de las obligaciones*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo II, pp. 385-414; Velandia Ponce, Rómulo: *Los contratos electrónicos: El futuro ha llegado*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo II, pp. 725-805; Salgueiro A., José Ovidio: *Contratación electrónica*. En: Tendencias actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp. 177-206; Soto Coaguila, Carlos: *La contratación electrónica: entre el mito y la realidad.* En: Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos: Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de trayectoria 1963-2003. 2003, Vol. III, pp. 339-378; Vattier Fuenzalida, Carlos: *En torno a los contratos electrónicos*. En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 13-34; Márquez, José Fernando: *Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar; Coello Vera, Carlos Alberto: *El contrato electrónico.* En: Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Guayaquil, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=27 ; Rincón Cárdenas, Eric: *Regulación de la contratación electrónica.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 861-881; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 29-34; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 222 y 223.

[182] Véase: Rodríguez, Gladys Stella: *Los contratos informáticos: formación y ejecución.* En: Revista Internacional de Derecho e Informática, Año 1, Número 1, Enero-Diciembre 2000, http://www.omdi.info/espanol/reivdi/ano2_n1/rodriguez_2.htm.

[183] Rincón Cárdenas, *ob. cit.*, p. 861, se parte de la inalterabilidad del derecho preexistente.

[184] Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 283.

[185] Vattier Fuenzalida, *ob. cit.*, p. 19.

[186] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 399 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 70 y ss.; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 531-534; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 209-217; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 351 y ss.; Lasarte, *Curso...*, pp. 354-369.

[187] Indicaba Lagrange *(Apuntes...)* que los elementos esenciales a su vez se dividen en comunes, especiales y especialísimos, según sean propio de todos los contratos, en determinados contratos o en cierto tipo de contratos, respectivamente; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 13 y 14; Dominici, *ob. cit.*, pp. 523-535.

(consentimiento, objeto y causa)[188], naturales (aquellos que existen de modo normal, como la gratuidad en el mandato o la responsabilidad por evicción del vendedor) y accidentales (condición, término y modo o carga)[189].

Dispone el artículo 1141 del CC: "Las condiciones requeridas para la ***existencia*** del contrato son: 1º **Consentimiento** de las partes; 2º **Objeto** que pueda ser materia de contrato; y 3º **Causa** lícita"[190]. Se llaman elementos esenciales del contrato aquellos requisitos o elementos sin los cuales el contrato no puede llegar a existir[191]. Por su parte, algunos asocian a los elementos para la validez, según veremos del artículo 1142 CC que incluye como causas de nulidad la incapacidad y los vicios del consentimiento. Se afirma así que los elementos intrínsecos del negocio contractual son el consentimiento, el objeto, la causa y la capacidad de obrar[192]. Una vieja doctrina que ya casi nadie sigue pretendía sostener que la violación de los requisitos de existencia propiciaba la nulidad absoluta y los de validez la nulidad relativa, pero la verdad es que la diferencia entre una y otra viene dada por la naturaleza del interés (general absoluta y particular relativa) violado según veremos[193]. Veamos cada uno de tales. Los temas que siguen están referidos a tales elementos.

5.2. *El consentimiento*[194]

5.2.1. *Noción*: El consentimiento contractual sigue siendo el alma del contrato[195]. En un sentido propio supone consenso (1141, ord. 1 CC), en un sentido impropio aquiescencia o asentimiento (1142, ord. 2). El contrato presupone la intervención de dos voluntades conscientes y libres[196]. Es el acuerdo o concordancia de las dos o más voluntades declaradas de las partes que celebran el contrato[197]. Supone una voluntad libre, que la manifestación de voluntad esté exenta de irregularidades, anormalidades o vicios que

---

[188] Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, p. 371; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 351.

[189] Sánchez Cid, *ob. cit.*, p. 298.

[190] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 231-275; Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html "para que una obligación sea válida requiere que exista consentimiento, objeto y causa (art. 1141 del Código Civil)".

[191] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 209.

[192] Carnelli y Cafaro, *ob. cit.*, p. 36, agrega en algunos casos la "solemnidad"; López Santa María, *ob. cit.*, p. 18.

[193] Lagrange, *Apuntes*...

[194] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 101 y ss.; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 443-450; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 162 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 79 y ss.; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 16 y ss.; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 33-37; Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 100-139; Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, pp. 65-83; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 352 y 353; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 180-183; Ortiz Monsalve, Álvaro: *Consentimiento.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 107-120.

[195] Soto, *ob. cit.*, p. 430.

[196] Santos Briz, *ob. cit.*, p. 99, el autor señala que no es confundible con el consentimiento o espontaneidad del declarante en los negocios jurídicos unilaterales.

[197] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 211; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 372.

invaliden el acto. "El contrato es, técnicamente, una estructura consensual: la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes (acuerdo consensual). Es el consentimiento el más importante de los elementos porque define, por sí, el contrato"[198].

El contrato es inseparable de la idea de concordancia, de acuerdo entre dos o más voluntades. Ese acuerdo es, precisamente, el consentimiento, el cual en lo que a la formación se refiere, se confunde con el contrato mismo[199]. Veremos que el consentimiento se manifiesta por una parte con la oferta o policitación y por la otra con la aceptación[200]. Para que haya contrato se requiere la declaración de voluntad de ambas partes que intervienen y no una sola de ellas[201].

El artículo 1141 CC enuncia el consentimiento entre las condiciones o elementos esenciales para la existencia del contrato tomado del CC italiano de 1865 y más precisamente del Proyecto Franco-italiano[202]. Se estudia así las causas capaces de suprimir el consentimiento propiciando la nulidad del contrato a tenor del artículo 1142 CC: "*El contrato puede ser anulado: 1º Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2º Por vicios del consentimiento*"[203].

Se distingue una *concepción restringida* o limitada del consentimiento que pudiera llamarse "asentimiento" consistente en una única declaración de voluntad con contenido adhesivo respecto de otra voluntad. Concepción empleada en los artículos 1151, 1146, 1312, 1316, 1329 y 1337 del CC. Pero la noción técnica o propia supone cuando menos dos distintas declaraciones de voluntad; una declaración comunicada a la otra parte y que las dos voluntades se combinen. Tal sentido complejo es el aludido en el artículo 1141, ord. 1º del CC a los fines de la formación del concurso de voluntades[204].

"Nuestro ordenamiento jurídico dispone en el artículo 1141 del Código Civil que para la existencia de los contratos se requiere del consentimiento de las partes, este consentimiento supone la formación de un concurso de voluntades, las declaraciones de voluntades que concurren a la formación del consentimiento se presuponen recíprocamente, ambas voluntades, si bien tienen contenidos diversos, tienden en conjunto, complementariamente, a perseguir el resultado al cual el contrato del caso lleva por su naturaleza. Cuando la voluntad aparente no coincide verdaderamente con la voluntad interna, por que dicha manifestación no traduce la voluntad querida, porque no se formó correctamente sino bajo el influjo de moti-

[198] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 549.

[199] Montagne, Hipólito: *Régimen del consentimiento.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 2, www.acaderc.org.ar.

[200] Sanojo, *ob. cit.*, pp. 16 y 17.

[201] Ortiz Monsalve, *ob. cit.*, 107.

[202] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 101.

[203] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 277-302.

[204] Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 101-104, Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 444 y 445.

vos perturbadores, nos encontramos ante los vicios del consentimiento, la doctrina ha elaborado una serie de clasificaciones de los vicios del consentimiento, y las consecuencias que ellos producen, será la nulidad o la anulabilidad según el caso"[205].

Puede mediar **representación** como sustitución en la declaración de voluntad[206], figura regulada en los arts. 1169 a 1172 del CC. La representación consiste esencialmente en que alguien (el representante) realiza negocios jurídicos en nombre e interés de otro (el representado) al que se le atribuyen los efectos[207]. Esto es el acto por el cual el representante se sustituye en representado pero los efectos jurídicos recaen sobre este último. Esto es, supone la posibilidad de una persona (representante) actúe por cuenta e interés de otra (representado). Aparece así una duplicidad de personas de una de las partes contratantes pero la única parte contratante la ejerce el representado, único titular de los derechos e intereses en juego[208].

La representación tiene trascendencia práctica, pues da lugar al milagro jurídico de la bilocación. Consiste en confiar a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir (dentro de ciertos límites) en interés y por cuenta de otra (representado). Por su origen puede ser *legal*, por voluntad de la ley, en los casos de tutela y patria potestad, o *voluntaria*, que nace por voluntad del representado. La representación supone un ensanchamiento de las posibilidades de actuación jurídica, si es voluntaria permite la habilidad ajena para los negocios, y si es legal es el medio de activar la capacidad potencial de quien la tiene limitada[209]. La representación legal tiene por función suplir la falta de capacidad, la voluntaria supone necesariamente la capacidad del representado[210]. Otra figura relacionada con la

[205] Juzgado de Primera Instancia Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes, Sent. 29-10-10, Exp. Nº 0150, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/octubre/2270-29-0150-.html.

[206] Véase: Mélich Orsini, José: *La representación* voluntaria. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 69, 2007; *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1981, pp. 13-88; Hinestrosa, Fernando: *De la representación.* En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 209, 236; Mosco, Luigi: *La Representación Voluntaria.* Barcelona, edit. Neveo, 1963; Díez-Picazo, Luis y Ponce de León: *En torno al concepto jurídico de "representación"*. En: La representación en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 8 (2004). Rafael del Águila Tejerina (Coordinador), Madrid, 2005, pp. 311-316; Cárdenas Mejía, Juan Pablo: *El mandato y la representación.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 511-555; De Castro y Bravo, Federico: *Temas de Derecho Civil.* Madrid, Rivadeneyra S.A., Reimpresión de la edición de 1972, 1976, pp. 105 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 88-94; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 70-76.

[207] Tramontana, Domenico: *Diritto Civile.* Milano, Edizioni Cetim, 4ª edizione, 1947, p. 58; Colombres Garmendia, Ignacio: *Algunos aspectos de la Teoría General de la Representación Voluntaria, de la autorización y la legitimación.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

[208] Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 685.

[209] De Castro y Bravo, *ob. cit.* pp. 105-109.

[210] Mosco, *ob. cit.*, p. 21.

representación es la "*ratificación*", a saber, una declaración unilateral de voluntad en virtud de la cual una persona hace suyo un acto o negocio jurídico concluido por otra persona en su nombre, sin estar voluntariamente autorizado para ello o sin ostentar su representación[211], reconociéndole la doctrina fuerza retroactiva[212].

Se ha visto con recelo el fenómeno de la *autocontratación* aunque el CC la permite en el art. 1171 CC[213], constituye una figura que se da en el ámbito de la representación[214]. El autocontrato supone que una persona con su sola actuación da vida a una relación contractual de la que resultan vinculados patrimonios diferentes; figura que opera fundamentalmente en el ámbito de la representación, en el que el representante en uso del poder que le ha sido conferido, celebra un negocio en nombre de su representado consigo mismo. Sería pues el caso del administrador facultado para vender un bien que lo compra para sí mismo[215]. Aunque para algunos el "autocontrato" es siempre un "contrato", pues una voluntad puede descomponerse en dos voluntades o en dos declaraciones diferentes, lo cual podrá chocar a la lógica, pero no tiene necesariamente que chocar al Derecho[216]. El contrato consigo mismo no es más que un caso especial de representación[217].

5.2.2. *Vicios del consentimiento*[218]

---

[211] Véase: Colás Escandón, Ana María: *La ratificación.* Colección Estudios de Derecho Privado Nº 16. Dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano. Granada, Comares, 2000, p. 7.

[212] *Ibid.*, p. 506.

[213] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 93 y 94; Lagrange, *Apuntes*..., el contrato consigo mismo acontece respecto de aquella persona que reúne en sí dos cualidades, esto es, como representante de una persona y de otra persona o bien actuando en nombre propio y como representante de otra persona. Se trata por ejemplo que se tenga poder de alguien y como apoderado se estipulare un contrato en que en nombre de ella le vendo un bien y en nombre de ella acepta también la venta. Se reunió en un solo sujeto dos cualidades que deberían reunir en personas diferentes. La infracción de la norma de contratar consigo mismo es la ineficacia.

[214] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 239.

[215] *Idem;* Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 353, la plena eficacia del autocontrato supone que no haya oposición entre los intereses del representante y representado o que medie una autorización expresa o tácita de este último al primero; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 40 y 41.

[216] López Santa María, *ob. cit.*, p. 223.

[217] Brebbia, *Responsabilidad precontractual*..., p. 213, en la cual una de las cualidades que reviste el autocontratante será siempre la de representante de otro en cuyo nombre o por cuya cuenta actúa.

[218] Véase: CC, arts. 1146 y ss.; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 15-222; Urdaneta Fontiveros, Enrique: *Contratos bajo presión: la disciplina de la vis compulsiva en la legislación venezolana.* En: Homenaje a Aníbal Dominici. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 109-168; Urdaneta Fontiveros, Enrique: *El error el dolo y la violencia en la formación de los contratos.* Caracas, ACIENPOL, Primera reimpresión, 2010; Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 143-197: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 95-104; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 49-55; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 19-29; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 173-194; Dominici, *ob. cit.*, pp. 540-556; Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 141-158; Pothier, *ob. cit.*, pp. 20-36; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 219-227; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, pp. 327-333; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 354-362; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 53-63; Lasarte, *Curso...,* pp. 356-360; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 249-285; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 839-846; Alarcón Flores, Luis: *Los vicios de la voluntad.* http://www.monografías.com; TSJ/SCC, Sent. Nº 1675 de 19-10-06, http://historico.tsj.

a. *Noción.* También denominados vicios de la voluntad[219] en forma más precisa, porque no afectan propiamente el consentimiento común sino la voluntad singular[220]. Se trata de aquellos elementos que perturban el proceso formativo de la voluntad[221], esto es, los motivos que determinan el camino de la voluntad, el proceso psíquico de formación de la misma.

De conformidad con el artículo 1159 CC el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, pero ciertamente ha de tratarse de una voluntad libremente formada. De allí que el artículo 1142 *eiusdem* consagre los vicios del consentimiento dentro de las causas para anular el contrato. Siendo el consentimiento esencialmente bilateral es lógico que no esté afectado por "vicios". De allí que la ley pone a disposición del contratante que ha actuado bajo el influjo de error, dolo y violencia, la posibilidad de impugnar el contrato. La ley trata de combinar el interés de la víctima con el de la otra parte contratante, precisamente a través de la acción de nulidad que precisa de ciertos requisitos[222].

Si el sujeto dio su consentimiento viciado el contrato es anulable. Dispone el artículo 1146 CC: *"Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato"*.

Se trata de "causas o circunstancias que privan de validez el aparente consentimiento o voluntad como elemento esencial del negocio jurídico. Los vicios del consentimiento constituyen causas de anulabilidad del contrato o negocio jurídico (CC, art 1142, 1º) y se traducen en *error, dolo y violencia*.

b. *El error*[223]: El error es el falso conocimiento que el contratante tie-

gob.ve/decisiones/scs/octubre/1675-191006-06980.HTM ; Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes, Sent. 20-6-08, Exp. Nº 0675, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/junio/1519-20-0675-505-08.html ; Juzgado Tercero de Juicio de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-10-11, Exp, AP21-L-2011-00275 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2011/octubre/2046-21-AP21-L-2011-002725-.html ; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 13-8-10, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/AGOSTO/961-13-9947-09-.HTML ; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques, Sent 23-7-07, Exp. 1232-07, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2007/julio/100-23-1232-07-.html.

[219] Véase: Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 271-277; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 236239.

[220] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error...*, p. 1, nota 1.

[221] *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 327.

[222] Lagrange, *Apuntes*....

[223] Véase: De Verda y Beamonte, José Ramón: *Error y responsabilidad en el contrato.* Valencia-España, Tirant Lo Blanch, Colección Privado 26, 1999; Martinic Galetovic, María Dora y Ricardo Reveco Urzúa: *Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos.* Revista Jurídica UCES, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/703/Acerca_del_error.pdf?sequence=1 ; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 49-51; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 147-177; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 462-472; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 18-21; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 43-47; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 250-265; Neme Villareal, Martha Lucía: *El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato.* En: Revista de Derecho Privado Nº 22, 2012, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662012000100007&lng=pt&nrm=iso&tlng=es yhttp://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3194/3440; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Trabajo de la

ne[224]; constituye una equivocada apreciación de la realidad[225] en forma espontánea o *strictu sensu*. Pues algunos se refieren al error *latu sensu* como error provocado o dolo. Se trata pues de una "falsa representación de la situación contractual"[226].

Modernamente se distingue el *error obstativo, obstáculo o error en la declaración*[227], que supone que se ha declarado una voluntad distinta a la real (sobre la naturaleza del contrato, sobre la identidad del objeto del contrato, en la causa). Se afirma en tal caso, que no se está ante un vicio del consentimiento. En tales casos el error no afecta la formación de la voluntad. Se distingue, del que nos interesa, a saber, el *error vicio o error propiamente dicho*[228] que deforma o perturba el consentimiento y produce anulabilidad. El error vicio es aquel que consiste en una falsa apreciación sobre una circunstancia de hecho o de Derecho que las partes han considerado como motivo esencial o determinante para contratar[229].

Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 1-3-04, Exp. 12.994, 2003, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2004/marzo/164-1-12.994-2003-.html ; Juzgado del Municipio Ayacucho de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 21-9-10, Nº 1305-06, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/septiembre/1350-21-1305-06-772.html.

[224] Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 220.

[225] *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 327; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 609, la equivocada o inexacta creencia o representación mental de la realidad material o jurídica, Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 53.

[226] Lagrange, *Apuntes...*

[227] Por ejemplo vender algo por un precio distinto al querido; Lagrange, *Apuntes...,*El error obstativo, en la declaración o error impropio supone una divergencia inconsciente cuando el sujeto quiere algo y por error declara otra cosa. No debe confundirse con el error vicio como "vicio del consentimiento" que recae sobre la voluntad. En el error obstativo hay voluntad interna regularmente formada pero la manifestación o declaración de voluntad que se emite para expresarla indica o refleja algo distinto. A veces, acontece también falta de dominio del lenguaje. ¿Qué ha de prevalecer? La teoría clásica de la voluntad o doctrina volitiva (doctrina francesa) indica que la voluntad interna del sujeto prevalece sobre la declaración. Por su parte, la teoría de la declaración (alemana) sostiene la prevalencia de la declaración con base a la certeza y seguridad de las relaciones jurídicas. La teoría de la responsabilidad sostiene que el declarante debe asumir las consecuencias de la declaración cuando la divergencia le sea imputable. Finalmente la teoría de la confianza o de la legítima expectativa según la declaración prevalece sobre la voluntad efectiva si el declarante suscitó en el destinatario una expectativa legítima. Modernamente sin embargo, se tiende a darle preeminencia a la voluntad real. Ello aun cuando nuestro CC no contiene disposiciones al respecto. Sin embargo, el 1160 CC parece estar inspirado por la voluntad real. Pero el artículo 1387 CC pudiera ser un ejemplo del predominio de la voluntad declarada sobre la real. Pero en conclusión en materia contractual no contamos con una norma concluyente. Por lo que pudiera sostenerse la prevalencia de la voluntad real, salvo que la buena fe y la seguridad del comercio jurídico impongan según las circunstancias del caso concreto una conclusión diferente. Se extiende al error sobre la naturaleza del contrato o "*error in negotium*", porque estaría en juego la identidad misma del contrato: se dice "arrendamiento" cuando debió ser "enfiteusis"; al error sobre el objeto del contrato, denominado "*error in corpore*", uno quiere comprar el fundo "A" mientras el otro contratante se refiere al fundo "B"; el error sobre la causa del contrato o sobre una razón determinante para contratar, por ejemplo creer que se era responsable o que se estaba obligado legalmente. El error obstáculo podría dar lugar a la *nulidad relativa o anulabilidad*, por tratarse de un interés privado.

[228] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error...*, p. 27.

[229] Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 49.

b.1. *Clasificación del error*

b.1.1. *Error de hecho*: es el error que recae sobre una circunstancia fáctica o de hecho. Puede tratarse de un error en la sustancia o de un error en la persona. Al error de hecho se refiere el artículo 1148 CC: "*El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato. Es también causa de anulabilidad el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato*". Dicha norma acoge criterio mixto (cosa o circunstancia).

**El error en la sustancia* es el relativo a ciertas cualidades esenciales del objeto (por oposición a cualidades secundarias)[230] ; aquellas características que son obvias para los contratantes o para uno de ellos pues le informa al otro su intención sobre un punto capital del contrato. Por ejemplo, las condiciones de edificabilidad del terreno o que goce de suministro y desagüe de aguas[231]. Puede considerarse en concepción objetiva (característica inherente al objeto[232]) o subjetiva (circunstancia esenciales o motivaciones psicológicas para contratar). El error en la causa, propicia anulabilidad, como ejemplo se coloca que quería comprar un caballo y se compra una yegua[233].

El error en el motivo de la obligación no la hace nula ni anulable[234], pues se considera irrelevante[235], salvo si los mismos son conocidos por la otra parte y se integran al contrato. Por ejemplo, un regalo de boda en el que el vendedor sabe que los contrayentes murieron en un accidente[236]. Será excepcional que los motivos hayan sido elevados de común acuerdo por las partes contratantes a una condición del consentimiento.

---

[230] Véase: Lagrange, *Apuntes...* , en cuanto al criterio distintivo para las cualidades esenciales y secundarias, se distingue el criterio objetivo, según el cual el error en la sustancia tiene que ver con el error sobre la materia sobre la cual está hecha la cosa (ejemplo: comprar un objeto creyéndolo de oro cuando en realidad es de bronce); el criterio subjetivo entiende por sustancia la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente a la vista (ejemplo: compré un objeto creyendo que era determinado artista y no es de éste), tiene que ver con la cualidad de la cosa que lo ha impulsado a contratar. Pareciera ser el criterio subjetivo el considerado por el artículo 1148 CC.

[231] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 53-55.

[232] *Ibid.,* p. 53, ejemplo sería el error acerca de condiciones de edificación del edificio, terreno en mal estado; el error acerca de la época de la autenticidad de un cuadro, el error acerca del suministro de aguas y cloacas de aguas negras.

[233] Dominici, *ob. cit.,* p. 544, por ejemplo, comprar un caballo porque otro se creía perdido. El vendedor no tiene por qué averiguar el motivo.

[234] *Idem.*

[235] Existen casos de error sobre los motivos no determinantes de la voluntad al contratar, sobre el valor de la cosa, el error sobre aspectos atributos secundarios, el error de cálculo, error sobre pertenencia de una cosa.

[236] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, p. 60.

**Error sobre la persona*: El *error en la persona* solo produce anulabilidad en los contratos *intuito personae*[237]. Debe distinguirse dos tipos de error sobre la persona: el error sobre la *identidad* de la persona que sería un error obstativo y el error en las *cualidades* de la persona. El primero no es un error vicio propiamente dicho, por lo que el verdadero error vicio es el que se refiere a las cualidades de la persona cuando ha sido causa principal o única del contrato. Ejemplo, el médico que queremos por su experiencia y cualidades personales nos practique una operación. La circunstancia de determinar que un contrato es *intuito personae* es una cuestión de hecho que dependerá del Juzgador[238].

b.1.2. *Error de derecho*[239]: Recae sobre las consecuencias derivadas de una norma jurídica[240]. Puede provenir de la ignorancia de ley, o de un error determinado por un falso conocimiento sobre el alcance, la existencia, vigencia o la permanencia de una norma jurídica determinante en el contrato[241]. Se asocia a la ignorancia o falso conocimiento de un una norma jurídica, si es causa única, por ejemplo la compra de un inmueble sin saber que estaba prohibido construir por razones de seguridad y defensa[242] o que media prohibición de pago en moneda extranjera[243] pues solo sirve como valor de referencia.

Dispone el artículo 1147 CC: "*El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal*". El error de derecho será relevante si reúne los requisitos de esencialidad y excusabilidad[244]. Lo primero se deriva de la frase que incida como "causa única o principal". Es una excepción a que la ignorancia de la ley no excusa de su incumplimiento (CC, art. 2). No todo error de derecho produce la nulidad del contrato: es necesario que sea *determinante* en su celebración. No aplica respecto de normas de orden público. Hay normas que lo descartan expresamente, a saber, el artículo 1404 CC: "*La confesión judicial o extrajudicial no puede dividirse en perjuicio del confesante. Este no puede revocarla si no prueba*

---

[237] Véase: *ibid.*, pp. 65-69, esto es *intituito personae.*

[238] Lagrange, *Apuntes...*

[239] Moisset de Espanés, Luis: *El error de derecho.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-47, www.acaderc.org.ar; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, febrero 2008, Exp. 06-8872, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/FEBRERO/2117-14-06-8872-.HTML.

[240] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error...*, p. 78, coloca de ejemplo el pacto de retracto.

[241] Véase: Lagrange, *Apuntes...* , debe distinguirse del error sobre las consecuencias jurídicas del contrato. Esto es del alcance del contrato celebrado, lo cual no puede invocarse a los fines de la anulación del contrato. Por ejemplo, no saber que el vendedor responde por vicios ocultos, etc.; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 50, consiste en una opinión inexacta sobre el alcance, existencia o consecuencia de una norma jurídica que fue la causa principal del contrato.

[242] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 72-78.

[243] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, febrero 2008, Exp. 06-8872, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/FEBRERO/2117-14-06-8872-.HTML

[244] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 237.

que ella ha sido resultado de un error de hecho. No puede revocarse so pretexto de un error de derecho". Así como el artículo 1719 CC: "*La transacción no es anulable por error de derecho conforme al artículo 1147, sino cuando sobre el punto de derecho no ha habido controversia entre las partes*".

b.2. *Condiciones del error*: El *error*, es una falsa apreciación de la realidad que debe ser espontáneo, excusable, esencial, debe ser reconocible por la otra parte, puede ser unilateral o común.

El error ha de ser *esencial*[245] o determinante pues el sujeto no habría celebrado el contrato[246] (no irrelevante). Recordemos que el error debe recaer sobre circunstancias que las partes consideraron esenciales a la hora de contratar. A saber, los motivos principales y determinantes de la voluntad de quien contrata[247]. Se citan como casos de *error irrelevante*: aquel que versa sobre las cualidades no sustanciales o secundarias de la cosa, por ejemplo, un mueble antiguo en que da lo mismo que sea de caoba o de nogal; sobre los motivos ajenos al contrato (por ejemplo, creer que se mudaría pero no se mudó); error sobre el valor de la cosa u objeto del contrato (daría cabida a una suerte de lesión genérica que afectaría la seguridad jurídica), salvo que el error medie en la cualidad esencial de la cosa siendo simplemente el valor la consecuencia, como sería el caso de un mueble antiguo; error sobre la pertenencia de la cosa (CC, art. 1483); error de cálculo (medir mal el terreno)[248]. Cabe agregar el error en la persona cuando la consideración de la misma no ha sido la causa única del contrato por no tratarse de un contrato *intuito personae*.

Debe ser *excusable*[249] en el sentido de que no se trata de un error burdo, grosero o evidente pues no se debe proteger a quien no se lo merece[250](aunque puede ser culposo y excusable)[251], de tal suerte que no puede admitirse que

---

[245] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 155-165.

[246] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, p. 81.

[247] Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 49.

[248] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 108-116.

[249] Véase: Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 273, en el sentido de que no pueda salvarse con una diligencia normal por no ser imputable a quien lo padece; De Verda y Beamonte, *ob. cit.*, pp. 29-38, el autor da como razones del requisito de la exigibilidad el interés social de la rápida y segura circulación de la riqueza y la protección de la confianza suscitada por la declaración en el destinatario de buena fe; *ibid.,* pp. 64 y 65, se postula la apreciación *in concreto* del requisito de la excusabilidad del error, prestándose gran atención a la profesión del *errans* pues es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o experto; y la diligencia exigible por el contrario es menor cuando se trata de una persona inexperta; *ibid.,* pp. 66 y 67, la jurisprudencia española también consideran a los efectos de la apreciación de la exigibilidad la edad y el nivel de formación intelectual; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 49, la falsa apreciación de la realidad es excusable siempre que la parte no incurra en dolo o culpa grave; Neme Villareal, *ob. cit.*, alude a "la autorresponsabilidad como fundamento de que la impugnación del acto errado no prospera en los eventos de error inexcusable del emisor de la declaración".

[250] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 83 y 84.

[251] *Ibid.,* p. 92; Martinic Galetovic y Reveco Urzúa, *ob. cit.*, p. 37, el error es excusable cuando normalmente, y según las circunstancias del caso concreto, no ha podido ser evitado por quien lo sufre, no obstante haber actuado diligentemente. Es decir, es excusable el error que no provenga de culpa o de la imprudencia del que lo alega.

la extrema culpa del que se equivoca groseramente se resuelva en su propia ventaja porque ello sería dar ventaja a una parte respecto de la otra[252].

El error ha de ser *espontáneo*, pues vale recordar que el error provocado por el otro contratante se corresponde al dolo. Debe derivar de quien lo invoca.

Algunos agregan *recognoscible*, esto es, la posibilidad de descubrir el error que padece la parte contraria[253], aunque a diferencia del CC italiano ello no lo exige nuestro CC; más bien una interpretación literal del artículo 1149 pudiera hacer pensar que el legislador excluyó el requisito[254]. Pero se afirma que la propia manera como se configura el carácter esencial en el Derecho venezolano configura la necesidad de su recognoscibilidad[255].

b.3. *Efectos del error*[256]: Los efectos del error pueden llevar a la *nulidad relativa o anulabilidad* que puede evitarse si el error es subsanado pues el contratante puede rectificar. Otro efecto es *daños y perjuicios o responsabilidad civil***.** Pues ciertamente, se está obligado a indemnizar a quien no incurrió en el error. Para algunos, la forma de combinar la excusabilidad con la reparación es admitir que debía tratarse de una culpa leve en concreto; esto es, la segunda parte de la norma del artículo 1149 CC supone una responsabilidad que va más allá de la culpa leve en abstracto (que prevé como patrón de conducta el buen padre de familia). A fin de darle a la parte que no ha incurrido en el error seguridad y protección[257].

Lo anterior a tenor del artículo 1149 del CC: "*La parte que invoca su error para solicitar la anulación de un contrato, está obligada a reparar a la otra parte los perjuicios que le ocasione la invalidez de la convención, si el error proviene de su propia falta y la otra parte no lo ha conocido o no ha podido conocerlo. No procederá la nulidad por error, si antes de deducirse la acción o hasta el acto de la contestación de la demanda, la otra parte ofrece ejecutar su prestación subsanando el error sin perjuicios para el otro contratante*". Puede ser posible una nulidad parcial en aquellos casos que se trate de cláusulas accesorias del contrato y no sustanciales.

---

[252] LAGRANGE, *Apuntes...* , de tal suerte que el error inexcusable no puede ser objeto de nulidad por vicio del consentimiento en aras de la estabilidad del contrato. Legislaciones como la italiana no se afincan en esta exigencia.

[253] URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 93; LAGRANGE, *Apuntes...* , esto es, que la parte que no incurrió en el error pudiere de acuerdo a las circunstancias haberse dado cuenta del error en que estaba incurriendo su contraparte. Caso en el cual la buena fe le habría impuesto el deber de advertirle que está equivocado; DE VERDA y BEAMONTE, *ob. cit.*, pp. 110-140; ALFERILLO, Pascual E.: *La reconocibilidad del error en el derecho civil.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

[254] URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 99.

[255] *Ibid.*, p. 101.

[256] Véase: *ibid.*, pp. 121-131.

[257] LAGRANGE, *Apuntes...;* URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 93 la culpa de apreciarse *in concreto*; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 49.

El error puede ser "unilateral" o bilateral[258]. No es necesario que el error sea común a ambas partes, esto es, el error no precisa ser bilateral pues el artículo 1149 CC claramente se refiere a "la parte".

b.4. *La prueba* del error como es natural, le corresponde a quien la afirma[259], siendo fundamentales las presunciones[260]. El error es un hecho jurídico por lo que su prueba es posible mediante cualquier medio incluyendo presunciones, siendo importante tomar en cuenta las circunstancias del que lo invoca, a saber, la edad, profesión, cultura, etc.[261]

c. *El dolo*[262]

c.1. *Noción*: El dolo alude a artificio, maquinación, engaño, mentira, maniobra fraudulenta que vicia la voluntad en el proceso de formación de un contrato. Se trata de una conducta encaminada a engañar[263]. Se alude a "*error provocado*"[264] porque propicia la equivocación del concontratante por las maquinaciones del otro. De allí que se hable de error inducido o error doloso[265], para diferenciarlo del error espontáneo ya estudiado. En efecto, se trata de un error provocado que coarta la libertad e impide la libre formación de la voluntad[266]. Es aquella conducta de carácter engañoso a través de la que se induce a alguien a la emisión de una declaración de voluntad que sin ella o bien no hubiere emitido de ningún modo o lo hubiere hecho de forma distinta[267].

El artículo 1154 CC dispone: "*El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado*". El dolo se constituye en "maquinaciones", actuaciones

[258] Véase: Lagrange, *Apuntes...*; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 50.

[259] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, febrero 2008, Exp. 06-8872, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/FEBRERO/2117-14-06-8872-.HTML "En este caso, la parte demandada no probó suficientemente que de haber sabido que el pago en dólares del precio estaba prohibido por la Ley, no habría convenido en la venta del inmueble de su propiedad. Ahora bien, el anterior análisis del material probatorio conlleva a este sentenciador concluir, que la parte demandada no cumplió con su correspondiente carga de demostrar los hechos constitutivos de su defensa, con estricta sujeción a la máxima de que cada parte tiene la carga procesal de probar sus respectivas afirmaciones de hecho; de conformidad con lo establecido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil".

[260] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 118 y 119.

[261] Lagrange, *Apuntes...*

[262] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 151-235; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 189-192; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 51-53; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 177-185; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 24-27; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 47-50; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 265-275.

[263] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, p. 155; Dominici, *ob. cit.*, p. 553; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia , Sent. 12-3-08, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/marzo/529-12-12.487-.html.

[264] Véase: *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 331, constituye un artificio por el cual un sujeto induce a otro a un error.

[265] Véase: De Verda y Beamonte, *ob. cit.*, pp. 141-178.

[266] Urdaneta Fontiveros, *El error...*, p. 157.

[267] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 613.

u omisiones dirigidas a lograr que el otro contratente incurra en error, pero entendido en un error distinto al analizado previamente. Para algunos el dolo está asociado a la mala fe[268]. Un mismo hecho no puede configurar a la vez error y dolo[269], pero el dolo puede dar lugar a la anulación del contrato en ciertos casos en que no prosperaría el error, como es el supuesto del valor o los motivos. Esto porque se trata de una conducta antisocial, inmoral e ilícita y de allí que sea reprimido por la ley. Por ello, la protección de la víctima es más intensa en caso de dolo[270].

c.2. *Clases de dolo*

a. Dolo **bueno** que alude a actos de engaño tolerados en la vida común. Sería el caso de las alabanzas del vendedor (que excluye la publicidad engañosa)[271].

b. Dolo **malo**: se conoce la falsedad de la idea que el dolo produce.

Toda maniobra empleada para la celebración del contrato no es reprensible pues se excluye el dolo bueno, como por ejemplo, ponderar exageradamente las cualidades del producto[272]. En todo caso a nivel de publicidad, la frontera entre la simple exageración y la mentira es una cuestión de hecho que dependerá del poder soberano del Juez[273].

Se distingue también entre dolo **causante** y dolo **incidental** si es esencial o secundario. Se indica que el dolo principal propicia la nulidad en tanto que el incidental solo da lugar a los daños y perjuicios[274].

c.3. *Requisitos o condiciones del dolo*[275]

[268] Véase: Alferillo, Pascual E.: *Reflexiones sobre la "mala fe".* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-19, www.acaderc.org.ar.

[269] Véase: DFMS5CM (Juzgado Superior Quinto Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas), 9-12-81, J.R.G., T. 75, pp. 85-88, error y dolo son conceptos que técnicamente se excluyen pues uno es espontáneo y el otro es provocado.

[270] Lagrange, *Apuntes*...

[271] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error*..., pp. 180-188. Señala que la tendencia es a rechazar la distinción.

[272] Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 52; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 267.

[273] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, 268.

[274] Dominici, *ob. cit.*, p. 553. Véase *ibid.*, p. 554, señala que la certificación falsa de unas joyas constituye principal, en tanto que incidental por ejemplo referir que un caballo tiene una característica que no posee.

[275] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error*..., p. 160; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia , Sent. 12-3-08, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/marzo/529-12-12.487-.html "para que haya presencia del dolo deben poder corroborarse de manera concurrente tres requisitos, a) Una conducta intencional, b) El dolo debe ser causante, y c) El dolo debe emanar de la otra parte contratante o de un tercero con su consentimiento; requisitos estos que no se configuraron en el proceso, pues los medios probatorios promovidos, evacuados y valorados, no demostraron que la falta de lectura del contrato por parte del actor se debió a una actitud intencional por parte de la demandada, hecho este alegado en el libelo de la demandada; por lo que nada importa que el demandado no haya promovido nada a su favor, si el actor tampoco probó el hecho de que realmente fue impedido de leer, o constreñido a suscribir un contrato, o manipulado de tal manera que ignorara lo que claramente está escrito en la cláusula sexta del contrato objeto de la acción".

c.3.1. *Elemento psicológico, animus decipiendi* o intención de engañar[276]; no supone necesariamente el *animus nocendi* o intención de dañar. Se precisa una voluntad de engañar determinada por la finalidad de condicionar, determinar un cierto sentido de la voluntad del otro contratante. Algunos recuerdan en este punto el dolo bueno por oposición al dolo malo.

c.3.2. *Elemento material*: precisa de maquinaciones, mentiras o reticencias. Por ejemplo, la obtención de documentos falsos o mentiras en tornos a las interrogantes o preguntas que haga el contratante. Se precisa así una acción o una omisión dolosa. Ésta última se identifica con el dolo omisivo[277]. La *reticencia* dolosa es una omisión o actuación negativa; consiste en guardar silencio cuando el otro incurre en error[278]. De allí que se distinga el dolo por acción y el dolo por omisión[279] o reticencia. No hay dolo cuando quien provoca el error está a su vez equivocado, pues en tal caso, a lo sumo sería impugnable por "error"[280].

Precisa así la reticencia tres (3) requisitos[281].

a. Que el cocontratante no hubiese tenido posibilidad de conocer el error por otros medios.

b. Que el reticente reconociere el error del otro y guardare silencio.

c. Que el error hubiese sido determinante.

La apreciación de la existencia de reticencias quedará a la determinación del Juez. La reticencia es importante en algunos contratos como el de "se-

---

[276] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error*..., p. 177, no hay dolo si se estaba equivocado.

[277] Véase: Alarcón Flores, *ob. cit.*, el dolo omisivo también llamado reticencia dolosa ha sido controvertida en la doctrina y la legislación comparadas, señalan que en el dolo omisivo se equiparaba al silencio y por lo tanto debía tener el mismo tratamiento. Es decir que solamente se tipificaría el dolo omisión cuando se vulnera una obligación legal de informar Véase sobre la "incidencia en sede de excusabilidad de la reticencia ilícita": De Verda y Beamonte, *ob. cit.*, pp. 98-107 (Véase del mismo autor: *La reticencia en la formación del contrato*. En: Iuris tantum Revista Boliviana de Derecho Nº 11, Santa Cruz de la Sierra jan. 2011 http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100007&lng=pt&nrm=iso) ; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 269 y 270, alude a dolo por reticencia pues el dolo puede estar constituido por una omisión; Bullard González, Alfredo: *La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo.* En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 287-324.

[278] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error*..., p. 167; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 51, la reticencia dolosa es aceptada por la doctrina cuando se esconden intencionalmente circunstancias que afecten el contrato.

[279] Véase; CSJ/Cas., Sent. 24-11-94, J.R.G., T. 132, pp. 443-446, puede distinguirse el dolo positivo del dolo negativo. Tales maquinaciones se encuentran ocultas en la persona que comete el dolo, tanto negativo como positivo (*ibid.*, p. 445).

[280] Urdaneta Fontiveros, *El error*..., p. 177.

[281] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 9-2-10, Exp. KP02-R-2007-000372 http://lara.tsj.gob.ve/decisiones/2010/febrero/651-9-KP02-R-2007-372-.html "La doctrina ha señalado tres requisitos de carácter concurrente para que pueda existir la reticencia dolosa, a saber: a) Que el otro contratante no hubiese conocido ni tenido la posibilidad de conocer el error por otros medios sino sólo mediante la circunstancia silenciada; b) Que la parte reticente conociese el error de la otra parte y de todos modos guardase silencio; c) Que el error de la otra parte hubiese sido determinante de su consentimiento para contratar".

guro[282]. Si bien la reticencia se ha ubicado dentro del dolo como vicio del consentimiento, en materia de seguro el legislador ha sido más incisivo, por considerar que la misma sea parte del asegurado es esencial para la formación del consentimiento del asegurador[283].

Se aprecia decisión judicial que indica que "al haber quedado demostrada la reticencia en que incurrió la demandada, procede la acción de nulidad relativa incoada por los demandantes, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.146"[284].

c.3.3. *Debe ser determinante*[285]*;* el dolo al igual que el error que ha de ser esencial, por lo que también debe tener una incidencia relevante o esencial en el contrato. De allí que se aluda a su "gravedad"[286]. Algunos distinguen sin embargo, entre dolo causante y dolo "incidental"[287] según el cual se pudo contratar en mejores condiciones[288]. Solo el dolo esencial en principio da lugar a la anulación del contrato. El carácter de "determinante" viene dado por el artículo 1154 CC que indica que las maquinaciones deben ser tales que sin ellas la otra parte no hubiere contratado. El dolo accidental que solo obra sobre modalidades y aspectos secundarios del contrato, que no puede dar lugar a la anulación del contrato aunque puede dar lugar al resarcimiento del daño equivalente[289].

c.3.4. *Debe emanar de la otra parte contratante o de un tercero con su conocimiento*[290]. El dolo cometido por un tercero, a saber, por una persona distinta al contratante no encuadra en el supuesto en estudio. Sin embargo, ello no excluye la nulidad por error[291]. Debe entenderse el tercero como las personas ajenas al contrato (*penitus extranei)*[292]. De allí que se afirme que el agente del dolo es el cocontratante o un tercero con el conocimiento de éste.

---

[282] Véase: DI MARIA, Filippo: *El contrato de seguro: las declaraciones inexactas y las declaraciones reticentes.* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 249-261.

[283] *Ibid.,* pp. 253 y 254; URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 170 y 171.

[284] Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-10-07, Exp. Nº 5.573, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/OCTUBRE/2147-18-5573-10.HTML "sin que venga al caso el argumento esgrimido por la representación accionada en la oportunidad de contestar la demanda de que de haber ocurrido los hechos el efecto ha debido ser la resolución del contrato".

[285] URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 192-199, distingue entre "dolo causante" y dolo incidental".

[286] *Ibid.,* pp. 174-176.

[287] Véase: SANOJO, *ob. cit.*, p. 25, distingue tres tipos de dolo: principal, incidental y autorizado o tolerado.

[288] Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 191-199.

[289] LAGRANGE, *Apuntes...*

[290] Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 207, no existe dolo si existe dolo de un tercero desconocido por el contratante. En caso de pluralidad de partes dependerá.

[291] LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 266 y 267.

[292] Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 202.

Pues si el contratante no lo sabe habrá error.[293] Ello marca una diferencia importante con la violencia que puede provenir de un tercero.

c.4. *Producción del error provocado*[294]

Puede constituirse en una acción o en una omisión en cuyo caso, se denomina "reticencia"[295]. La jurisprudencia italiana reseña casos interesantes, por ejemplo en materia de compraventa de automóvil[296].

c.5. *Efectos*[297]: al igual que el error el dolo puede propiciar *anulabilidad y posibilidad de responsabilidad civil* (contractual o delictual) Se alude a "dolo recíproco" en aquellos casos en que ninguna de las partes por su conducta merece protección[298]; cuando ambos contratantes incurren en dolo supone que para ninguno surge acción[299], pues el dolo de una parte neutraliza el dolo de la otra parte. La prueba del dolo igualmente corresponde a quien la alega[300]. Debe tenerse en cuenta el caso del incapaz (1348 CC)[301].

c.6. *Diferencias con dolo*: el error es espontáneo, mientras que el dolo es provocado. El agente del dolo debe indemnizar, en cambio el que incurre en error es quien indemniza. Se dice que es más difícil la prueba del dolo que del error.

d. *La violencia*[302]

d.1. *Noción*: A diferencia del error que vulnera el conocimiento, la violencia afecta la voluntad, esto es, la libertad de contratar[303]. Supone una coacción de tipo físico o moral sobre una persona a fin de forzarlo a celebrar un

---

[293] *Ibid.,* p. 203.

[294] Véase: "la producción del error", *ibid,* pp. 188- 192. Véase *ibid.,* pp. 191 y 192, reseña el caso de un Tribunal francés de fecha 10 de enero de 1970 en que una mujer de 75 años alegaba que si bien no había sido engañada por su yerno había sido víctima de dolo porque la sometió a largas discusiones que contribuyeron a debilitar su voluntad. El Tribunal concluyó que el cansancio proveniente de las maniobras empleadas por el agente revelaba un consentimiento que no era libre.

[295] Véase: *ibid.,* pp. 163-174.

[296] *Ibid.,* p. 168.

[297] *Ibid.,* pp. 218-225.

[298] Véase: *ibid.,* p. 208.

[299] *Ibid.,* pp. 207-210.

[300] *Ibid.,* pp. 215-217.

[301] Véase: *ibid.,* p. 213, considerar artículos del CC, 1145, 1349 y 1348.

[302] Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.,* pp. 192 y 193; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.,* pp. 53-55; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...,* pp. 186-197; SANOJO, *ob. cit.,* pp. 21-24; RAMÍREZ, *ob. cit.,* pp. 50-53; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *La intimidación como vicio de la voluntad.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-20, www.acaderc.org.ar; LARROUMET, *ob. cit.,* Vol. I, pp. 275-279; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 30-3-04, Exp. KH02-V-2000-000047, http://lara.tsj.gob.ve/decisiones/2004/marzo/652-30-KH02-V-2000-47-.html.

[303] OSSORIO MORALES, *ob. cit.,* p. 223.

acto[304]. La violencia debilita el ánimo y arranca una declaración de voluntad que no se desea[305].

Se distingue la violencia *física* de la violencia *moral*. La primera supone una amenaza a los derechos relativos al cuerpo. La última consiste en una amenaza de ocasionar perjuicio en los bienes de alguien, su persona o la de sus seres queridos. Se distingue así entre violencia "física" o violencia ablativa, absoluta o atroz para referir un constreñimiento exterior del sujeto que da lugar a una declaración diferente; la distinguen de la violencia psíquica, relativa a la amenaza de un mal contra el otro contratante, ya sea un mal pecuniario o moral. La voluntad no se ha formado libremente sino guiada por el imperio de la amenaza de un mal. La decisión ha sido producto del temor, de la amenaza y del miedo[306]. La voluntad producto del temor de la violencia ciertamente podrá ser atacada de nulidad.

La doctrina española distingue entre violencia e intimidación, señalando que la primera alude a la idea de fuerza física y la intimidación supone la idea de temor mediante amenazas[307]. La intimidación tiene que ver con la falta de libertad o idea de temor a los fines de contratar. Debe tratarse de una amenaza injusta y que la víctima no tuvo más alternativa que consentir[308]. En nuestro ordenamiento ambas ideas se subsumen en la violencia como vicio del consentimiento.

El artículo 1150 CC dispone: "*La violencia empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad, aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquélla en cuyo provecho se ha celebrado la convención*".

d.2. *Condiciones o requisitos de la violencia*

Las condiciones de la violencia se desprenden de los artículos 1152 al 1153. Prevé el artículo 1151 CC: "*El consentimiento se reputa arrancado por violencia, cuando ésta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable. Debe atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas*".

El artículo 1152 CC agrega: "*La violencia es también causa de anulabilidad del contrato, cuando se dirige contra la persona o los bienes del cón-*

304 Urdaneta Fontiveros, *El error*..., p. 242; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques, Sent 23-7-07, Exp. 1232-07, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2007/julio/100-23-1232-07-.html "Coacción de tipo físico o moral que produzca una impresión tal sobre una persona sensata, que llegue a inspirarle un justo temor de exponer su persona o bienes a un mal notable, destinada a obtener su consentimiento a fin de que celebre determinado contrato".

305 Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 80.

306 Lagrange, *Apuntes*...

307 Del Olmo García, Pedro: *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento.* Valencia, Tirant Lo Blanch, "Colección Privado" 64, 2003, p. 19.

308 *Ibid.*, p. 27.

yuge, de un descendiente o de un ascendiente del contratante. Si se trata de otras personas, toca al Juez pronunciar sobre la anulabilidad, según las circunstancias".

El artículo 1153 CC señala: "*El solo temor reverencial, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato*".

d.2.1. *Determinante*[309]: La violencia como los demás vicios de la voluntad debe ser esencial, esto es, ha de ser grave. La violencia debe presentar una cierta intensidad. A tenor del artículo 1151 CC debe ser *capaz de atemorizar a una persona sensata* (apreciación en abstracto) según sus características (apreciación en concreto). Debe exponer a un *mal notable* y ser capaz de impactar a una persona *sensata*. No se trata pues de un miedo capaz de vulnerar a un ser "valiente". No es suficiente pues el vano temor en que pueda incurrir una persona pusilánime[310]. Los criterios para apreciar la gravedad según el citado artículo 1151 CC son: la apreciación individual (*in concreto*) como la edad o la condición social y en abstracto (persona sensata)[311]. Se refiere por ejemplo que las ancianas y las mujeres se asustan más fácilmente[312], aunque esto último es discutible por no decir gracioso.

La violencia puede recaer sobre la personas o sobre los bienes (que incluye afectos) del sujeto. El artículo 1152 CC alude "*cónyuge, de un descendiente o de un ascendiente del contratante".* Si se trata de otras personas el Juez apreciará[313], esto es, en caso de otros parientes el Juzgador determinará la influencia[314].

d.2.2. *Injusta o ilícita*[315]: La violencia debe ser *injusta*, es decir, una conducta violatoria del ordenamiento jurídico"[316] y las buenas costumbres. Si la conducta es permitida por el la ley no existe violencia. Por lo que se descarta la violencia ante el ejercicio de un derecho (ej. acción judicial o medida preventiva)[317] aunque ello no excluye la posibilidad de abuso de derecho. Se excluyen igualmente las conductas realizadas en ejercicio de un deber jurídico.

---

[309] Urdaneta Fontiveros, *El error*..., pp. 244-246.

[310] Dominici, *ob. cit.*, p. 550.

[311] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error*..., pp. 258-266.

[312] *Ibid.,* p. 264.

[313] *Ibid.,* p. 266.

[314] Dominici, *ob. cit.*, p. 552.

[315] Urdaneta Fontiveros, *El error*..., pp. 246-257.

[316] Véase: Domínguez Guillén, *Diccionario*..., pp. 166 y 167.

[317] Véase: TSJ/SCC, Sent. 1475 de 28-10-13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/.../157970-1475-281013-2013-13-0593.HTML "En consecuencia, esta Sala estima que la nulidad del documento de dación de pago, por haberse producido el vicio del consentimiento que implica el uso de la violencia por parte del Banco, al obtener los beneficios adicionales e ilícitos, acreditan el abuso de derecho que ratifica la procedencia de dicha nulidad, por lo que esa Sala Constitucional constata que la decisión dictada por el Juzgado Superior no contiene ninguno de los vicios alegados".

Debe tratarse de una violencia capaz de impresionar a una persona sensata, lo que descarta el simple *temor reverencial*[318], según lo dispone el CC en su artículo 1153 "*El solo temor reverencial, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato*". Este último puede presentarse ante figuras como padres, preceptores o autoridades[319]. La ley se coloca en la situación moral y entiende que no se puede considerar como temor o intimidación a ese sentimiento de sumisión respetuosa[320].

d.2.3. *El agente de la violencia puede ser la parte contratante o un tercero* según refiere el art. 1150 CC *(...aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquella...),* pero no se precisa obviamente el conocimiento de la otra parte. Por lo que la violencia puede provenir de un tercero aunque el cocontratante la ignore[321]. Ciertamente del supuesto bajo análisis se excluye la denominada violencia de los acontecimientos (terremoto) que no se asimila a la de la persona.[322]

d.3. *Efectos de la violencia*: al igual que los demás vicios de la voluntad, los efectos se reducen a la anulabilidad (nulidad relativa)[323] y la responsabilidad contractual y extracontractual. La prueba también le compete a quien la alega[324].

d.4. *Estado de necesidad y violencia.* Refiere la doctrina que la contratación en estado de necesidad (guerra o alguna conmoción natural) no se subsume en los vicios del consentimiento[325].

En tal caso se trata de determinar cuál es el medio del que puede disponer un contratante que pactó bajo la presión de una situación violenta proveniente de circunstancias exteriores y de la que la otra parte se aprovecha. Algunos pretenden ver una suerte de violencia, en tanto que otros acuden a la noción de causa, señalando que existe una ausencia parcial de la misma, que da lugar a una nulidad relativa del contrato[326]. Para un sector de

---

[318] Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 361, aquel de desagradar a las personas que se le debe sumisión y respeto (CC español art. 1267); Dominici, *ob. cit.*, p. 553, el temor reverencial no es considerado violencia.

[319] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 247-249.

[320] Moisset de Espanés, *La intimidación...*, p. 18, "Es decir esa actitud de respetuosa sumisión en que está el hijo respecto del padre y, en general, todo inferior o subordinado respecto de su superior no es, a juicio de la ley, una cosa reprochable, sino antes por el contrario, una cosa plausible que nunca se puede tener por mala".

[321] Véase: Urdaneta Fontiveros, *El error...*, pp. 269 y 270.

[322] *Ibid.,* pp. 271 y 272.

[323] Vale recordar que en tales casos la acción de nulidad de conformidad con el artículo 1346 CC está sometido a una prescripción de cinco (5) años.

[324] *Ibid.,* pp. 280 y 281.

[325] Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 55.

[326] Lagrange, *Apuntes...*, sin embargo, la Corte Francesa señaló que a propósito de los contratos celebrados a raíz de la persecución nazi que tal situación fue determinante para contratar y constituía una suerte de violencia. En Italia el asunto fue objeto de una previsión expresa que prevé la rescisión cuando una persona se ha encontrado en circunstancias de necesidad. En Venezuela, no hay

la doctrina la explotación por una parte de la necesidad de la otra no es un tema relacionado con la violencia sino con la lesión, no siendo la sanción la nulidad sino la rescisión[327]. Si la contratación en estado de necesidad está afectada de desproporcionalidad violentado el justo equilibrio de las prestaciones y ello es violatario del orden público puede ser atacada en función del "objeto del contrato"[328], lo cual es independiente de la lesión que precisa carácter taxativo.

d.5. *Distinción con dolo*: se dice que el consentimiento dado con dolo está viciado por error provocado pero en caso de la violencia no existe tal consentimiento. La violencia SUPRIME el consentimiento, no lo destruye sino que lo impide.

6. El objeto[329]

6.1. *Noción*

El objeto del contrato constituye una de las condiciones necesarias para la existencia del contrato. (CC, art. 1141, ord. 2). "Un contrato que no tenga objeto es tan inconcebible como un contrato que no tenga partes"[330]. Se dice que el objeto no es un elemento del contrato sino de la obligación. Por ello se indica que "El objeto de los contratos son las obligaciones y el objeto de la obligación es la prestación debida"[331]. De allí que para algunos el objeto del contrato son las obligaciones asumidas en tanto que para otros las prestaciones[332]. Se afirma que los artículos 1155 y 1156 CC son aplicables al

---

previsión al respecto pero la amplitud del delito de usura viene dada en términos muy amplios, al punto que podría incluirse el estado de necesidad que implique el aprovechamiento de otro.

[327] Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 55.

[328] Véase *infra* en este mismo tema 6.3.1 y *supra* tema 1.7.9.

[329] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158...*, pp. 225-305; Caprile Biermann, Bruno: *El objeto de los actos jurídicos.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 137-185; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 429-450; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 151-161; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T.III, pp. 114-125; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 27-31; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 107-132; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 199-242; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 43-45; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 27-31 y 39-41; Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, pp. 85-89; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 240-242; Coccorese, Gaetano: *Obligaciones II. El objeto.* http://www.monografias.com/trabajos15/obligaciones-objeto/obligaciones-objeto.shtml se refiere a las estipulaciones usurarias y el Decreto 247; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 229-232; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 286-349; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 828-833; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 57-66; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 11-5-15, Exp. 14.614, http://yaracuy.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/1429-11-14.614-.HTML ; Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 6-6-15, Exp. AP71-R-2014-000797, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2146-6-9139-.HTML; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 21-2-11, Exp.11-7446, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/99-21-11-7446-.html.

[330] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 151.

[331] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, p. 319; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 289.

[332] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 368.

objeto de la obligación y que por tanto la expresión no es correcta[333]. Comparten pues los mismos caracteres el objeto de la prestación y el objeto del contrato, toda vez que entre los requisitos del objeto contractual se incluyen que debe ser posible, lícito, determinado o determinable y susceptible de valoración pecuniaria[334].

Para algunos entonces el objeto del contrato es la prestación[335], y pareciera que el objeto del contrato y el objeto de la obligación son una misma entidad. Sin embargo, se observa que la prestación es un concepto que atañe a la materia de la obligación y no específicamente a la materia del contrato. Esto porque la prestación constituye el objeto de la obligación pero no todas las obligaciones derivan del contrato. Éste es solo una de las fuentes de las obligaciones. La prestación está unida al concepto de obligación y no de contrato. Toda obligación contractual comporta una prestación; pero no toda prestación corresponde a una obligación contractual. El objeto del contrato hay que verlo más bien en aquello que constituye la materia del contrato. El contrato es el medio por el cual una persona se procura algo que necesita, algo que le es útil de algún modo. ¿Cuál es el objeto del contrato? Los intereses que el contrato persigue, que se traducen en los bienes, utilidades o las relaciones que el contrato tiende a satisfacer. Las prestaciones pueden consistir en la transferencia o constitución de un derecho en cuyo caso se precisan los siguientes requisitos relativos a la cosa, a saber, debe existir (CC 1485), debe estar en el comercio (CC, arts. 543, 630 y 1959), debe ser determinada o determinable (CC, arts. 1479 y 1632) y debe pertenecer a quien la transmite o constituye un derecho sobre ella (CC, 1483, cfr. C.Com 133). Vale recordar que la prestación debe presentar un interés para el acreedor. Pues la equidad exige que ese sacrificio parcial de la libertad de uno tenga una finalidad proporcionada y respetable. Según vimos ese interés puede ser moral. Lo cual es distinto a la patrimonialidad en el sentido de que sea valorable en dinero. Si se trata de un hecho se afirma que además debe ser posible, personal de quien lo promete, determinado, lícito[336]. Pareciera así que el objeto es la representación común de las partes acerca de un sector de la realidad social que acotan sobre el que recae el consentimiento. El objeto así definido es un concepto amplio que podría

---

[333] Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 151.

[334] GATALDI, *ob. cit.*, pp. 157-164. Véase: TSJ/SCC, Sent. 30-3-00, J.R.G., T. 163, pp. 584-588, el valor del objeto del contrato es susceptibles de valoración económica, ya se considere una cosa, prestación o la operación jurídica considerada por los contratantes; Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html "Sobre el objeto debemos señalar que es la prestación en sí (dar, hacer, no hacer) que por lo establecido en el artículo 1155 del Código Civil debe ser posible, lícito, determinado o determinable".

[335] Véase: PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 828, el objeto del contrato es lo que debe el deudor.

[336] LAGRANGE, *Apuntes...*, reseñaba que contrariamente la permuta siendo un negocio jurídico similar es resoluble según CC, arts. 1561 y 1562.

abarcar la prestación, las cosas y servicios, la obligación, el contenido del contrato o el fin perseguido[337].

Para otros, el objeto del contrato son los derechos y obligaciones que el contrato crea[338]. Pero se ha criticado que los derechos y obligaciones no serían el objeto del contrato sino más bien el efecto del mismo. Las obligaciones tienen a su vez un objeto que puede ser la cosa sobre la que recae el derecho de dominio u otro derecho real que el deudor transfiera. Por ejemplo, el contrato de compraventa tiene por objeto las obligaciones que crea, esto es, la obligación del vendedor de efectuar la entrega por ejemplo[339].

6.2. *Clasificación*

En cuanto a la *clasificación del objeto*, cabe recordar las prestaciones positivas por oposición a las negativas/ de medio y de resultado/ por objeto transmisión de un derecho o una actividad o conducta del deudor/transmisión de un derecho real. Vale remitir a la clasificación de las obligaciones según las particularidades del objeto o prestación[340], dada la equivalencia entre obligación y contrato en este sentido.

6.3. *Condiciones*

Indica el artículo 1155 CC; *"El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable"*[341], pero según indicamos ello más bien alude al objeto propiamente de la prestación. Se dice que estudiar el objeto del contrato es hacerlo de la obligación. Por ello vale recordar la naturaleza de la prestación y sus condiciones[342].

Con base a dicha norma la doctrina refiere las *condiciones del objeto del contrato,* señalando que ha de ser *lícito*[343] (conforme al orden público, las buenas costumbres y los derechos de los demás), posible y debe ser determinado o determinable. Y se agrega según se trata de obligaciones de *dar* que la cosa debe existir y estar en el comercio y pertenecer a quien

---

337 Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 551.

338 Caprile Biermann, *ob. cit.*, p. 140.

339 *Ibid.,* p. 141.

340 Véase *supra* tema 5.1.

341 Véase: López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 241 y 242; Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 551-554; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 42-44.

342 Véase *supra* tema 2.4.2.

343 Rams Albesa, Joaquín: *El objeto ilícito de los contratos.* En: Nulidad. Nul Estudios/Nul Comentarios. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos 2006, http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=252#toct07 . La doctrina civilística ha mantenido al mínimo el estudio del objeto del contrato, si bien es preciso reconocer que esto se debe a que son constatables los importantes y bastante generalizados grados de acuerdo. La ilicitud que puede predicarse del objeto, como manifiesta se propaga al entero contrato; Infante Ruiz, Francisco J. y Francisco Oliva Blázquez: *Los contratos ilegales en el Derecho Privado Europeo.* En: InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Julio 2009, http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138048/188693 .

la transmite[344]. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que la cosa no exista al momento del nacimiento de la obligación sino que baste su existencia futura al tiempo real de la ejecución, como sería el caso de la venta de cosecha futura (CC, 1156)[345]. En tanto que si se trata de prestaciones de hacer u obligaciones negativas que siempre son futuras, además de ser lícito y posible, debe tener interés el acreedor y el hecho debe ser personal a quien lo promete[346]. De allí que se afirme que puede ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio[347] y los servicios que no sean contrarios a la ley o a las buenas costumbres. No puede ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles[348] o que no sean susceptibles de determinación.

Por su parte el artículo 1156 CC indica: "*Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario. Sin embargo, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trate*"[349].

6.3.1. *Orden público*[350]. La prestación no puede ser contraria al orden público so pena de nulidad por objeto ilícito, por lo que se requiere pasearse por las opciones que pueden dar lugar a ello. La ilicitud de la prestación u objeto del contrato podría derivarse de que la misma sea contraria al orden público.

Según vimos el orden público[351] constituye un "concepto jurídico indeterminado que está presente en aquellas instituciones jurídicas que el ordenamiento o el Estado considera fundamentales o vitales para su desarrollo, y por ende están sustraídas de la autonomía de la voluntad. De allí

---

344 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 431 y 432; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 116-125; Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-12-09, Exp. 41.326, http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2009/diciembre/512-18-41326-1255.html. "El objeto debe ser lícito, es decir, debe ser tolerado, consentido, amparado y autorizado por el ordenamiento jurídico positivo. En la doctrina se define al objeto lícito como aquel que no viola el orden público ni las buenas costumbres, por lo que se deduce que se estará en presencia de un objeto ilícito cuando dicho objeto viole el orden público o las buenas costumbres, ...y en segundo lugar, la ausencia de objeto de la transacción por no detentar el vendedor la cualidad de propietario del bien vendido"; TSJ/SCC, Sent. Nº 1342 de 15-11-04, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC-01342-151104-03550.htm.

345 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 432; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 124.

346 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 432.

347 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 21-11-05, Exp. 37.574, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2005/noviembre/721-21-37.574-.html la Nulidad Absoluta del Contrato se produce, en virtud de haberse violado normas de orden público, donde el bien vendido era un bien de prohibida importación y circulación en este territorio, por lo que su presencia en el país fue a través del delito de contrabando, razón por la cual, si el comprador demandante, compró por error un bien en esas condiciones, lógicamente que soporta la totalidad de lo perdido.

348 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 370.

349 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 159.

350 Véase a propósito del objeto: Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 302-306.

351 Véase *supra* tema 1.5.4.

que las normas o leyes donde esté de por medio o esté interesado el orden público no pueden renunciarse ni relajarse (art 6 CC), y por tal cualquier inobservancia en este sentido estaría viciada de nulidad. Tales normas son consideradas "taxativas" o "imperativas".

El orden público está de por medio en instituciones del Derecho de la Persona y del Derecho de Familia tales como la capacidad, el nombre, el estado civil, el matrimonio, el divorcio, la filiación; su presencia o determinación implica una valoración o análisis de la figura bajo el examen de la intervención de la voluntad de conformidad con la ley en el caso concreto"[352]. Pero igualmente puede estar presente en instituciones de Derecho Civil patrimonial como acontece por ejemplo en materia de restricciones de intereses pecuniarios, prohibición de pacto comisorio, rechazo a la cláusula abusiva o leonina, materia hipotecaria de vivienda, arrendamiento, créditos indexados, y diversas leyes especiales[353].

La norma del artículo 6 del CC que consagra la primacía del orden público data del CC de 1862[354]. El orden público se caracteriza por su relatividad y variabilidad[355], pero según se indicó *supra*[356], actualmente ha decaído la fuerza contractual y así por ejemplo en materia de consumo[357] no parece haber quedado muestra de ella[358], dada la falta de igualdad que impera en los contratos de adhesión o en masa. La autonomía de la voluntad privada supone la libertad personal en el ámbito contractual a los fines de regular eficazmente su esfera de influencia[359].

Vimos que las ideas socialistas imperantes desde el siglo pasado han propiciado la declinación o declive de dicho principio[360]. La Constitución de 1999 alude a un "Estado social de Derecho y de Justicia", que ha sido referido por algunas decisiones judiciales en materia contractual para matizar

---

[352] Véase: Madrid Martínez, Claudia: *Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días.* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 371-399, Petzold-Rodríguez, María: *Algunas consideraciones sobre la noción de orden público.* En: Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social. Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje Nº 4, 2001, Vol. II, pp. 11-20; Petzold-Rodríguez, María*: La noción de orden público en el Derecho civil venezolano-doctrina y jurisprudencia.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Nº 110, Caracas, 1998, pp. 205-321; De Freitas De Gouveia, *ob. cit.,* pp. 64-79; Chacón, Domingo: *Leyes de orden público y de Buenas Costumbres.* Caracas, edit Lithobinder, C.A., 2004; Domínguez Guillén, *Diccionario...,* pp. 120 y 121.

[353] De Freitas De Gouveia, *ob. cit.,* pp. 48-51.

[354] Véase: Madrid Martínez, *Orden público...,* pp. 371 y ss.

[355] Véase: *ibid.,* p. 382.

[356] Véase *supra* tema 1.7.2.

[357] Véase *supra* tema 1.7.10.

[358] Madrid Martínez, *Orden público...,* p. 396.

[359] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.,* p. 417.

[360] Abeliuk Manasevich, *ob. cit.,* T. I, p. 100.

el tan mentando principio de la autonomía de la voluntad. En legislaciones como la española también se alude al "estado social de Derecho y la trascendencia de sus principios inspiradores en la contratación moderna"[361], admitiéndose que de conformidad con la Constitución los límites a la libertad están subordinados al bien común de la Nación[362], aunque la intervención del Estado en el orden económico y contractual debe atenerse a los principios de previsibilidad y proporcionalidad[363].

El proteccionismo contractual no siempre se funda en el hecho de que el contrato no ha sido negociado libremente entre las partes[364]. La limitación acontece según Lacruz Berdejo porque el contrato es el resultado de una interacción entre la voluntad privada presuntamente egoísta, y la ley que cuida los intereses comunes[365]. Es fácil sostener la igualdad jurídica pero la igualdad socioeconómica precisa una mayor intervención de la ley, a la cual en algunas materias le corresponde velar porque el más fuerte no imponga su voluntad, pues el más débil no está en condiciones de defender su interés en la negociación contractual[366]. El artículo 6 del CC y el artículo 20 de la Constitución[367], a propósito del libre desarrollo de la personalidad aplicable a la materia que nos ocupa establece como limitaciones a las actuaciones que alcanza ciertamente al ámbito de las obligaciones, el orden público, las buenas costumbres y los derechos de los demás. Tales son en esencia las mismas limitaciones a la autonomía de la voluntad, y cuando sean trastocadas puede devenir en una ilicitud del objeto.

La doctrina reseña entre los casos de objeto ilícito los contrarios al orden público[368]. Es contrario al orden público pues son inderogables las disposiciones que pretendieran abolir los deberes y derechos de los cónyuges. También la renuncia anticipada a la lesión por causa de lesión, la sociedad o pacto leonino[369], el pacto comisorio[370], las disposiciones que afecten derechos irrenunciables como los de la personalidad, que una persona se obligue a emigrar, las cláusulas de no competencia perpetua, prestar servicios a perpetuidad[371].

---

[361] Véase: Santos Briz, *ob. cit.*, p. 3.

[362] *Ibid.*, pp. 5 y 6.

[363] *Ibid.*, p. 10.

[364] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 95.

[365] Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 268.

[366] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 91.

[367] Véase: Domínguez Guillén, "*Alcance del artículo 20 ...*", *ob. cit.*, p. 13-40.

[368] Caprile Biermann, *ob. cit.*, p. 165.

[369] Sobre el contrato leonino, véase: CSJ/SPA, Sent. 7-7-94, J.R.G., T. 131, pp. 615-617, Se considera leonino lo estipulado por daños y perjuicios en caso de revocación del poder dado a los abogados.

[370] Esto es, el pacto de hacerse propietario de la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento. Véase CC, arts. 1844, 1858, 1878; Domínguez Guillén, *Diccionario...*, p. 122.

[371] Lagrange, *Apuntes...*

Especial mención vale hacer a las cláusulas contrarias a los *derechos personalísimos* o *derechos de la personalidad*, que también son contrarias al orden público por encontrarnos ante "derechos irrenunciables" y pueden proyectarse en el ámbito de las obligaciones con especial referencia a la libertad excediendo los límites de la autonomía de la voluntad, según hemos indicado[372].

La libertad de obligarse es, no cabe duda, una suprema expresión del poder sobre sí mismo[373]. Existe una aparente contradicción interna o "aporía" en la libertad, pues se es libre para obligarse, es decir para limitar la libertad. La prudencia jurídica la resuelve, exigiendo la libre determinación en el momento de obligarse y restringiendo las causas limitadoras de la libertad. Ej: prohibición de casarse o servicios perpetuos, en expresión de autores clásicos, aquellas cláusulas que "ofenden la libertad"[374]. Pues precisamente, por respeto a la tutela concreta de estas formas de libertad, son nulos los negocios en los que se sacrifica de modo absoluto esta libertad.[375] El contrato de servicios perpetuos representaría una forma de esclavitud, y aunque sea voluntariamente aceptada, es inadmisible para el ordenamiento jurídico. Lo mismo podría decirse de otros tipos contractuales en que tales desproporcionadas restricciones aparezcan (por ejemplo el pacto de no mantener ningún tipo de relaciones sociales, por exigencias de un servicio de información). De allí que se rechacen las cláusulas ofensivas a la libertad[376].

De manera pues que si bien toda persona es libre de obligarse, esta libertad no puede llegar al punto de sostener que el sujeto por propia voluntad pierda su libertad.[377] Admitir que el individuo contraiga cualquier clase de vínculo sobre sus derechos esenciales y luego defender la atadura blandiendo el concepto de seguridad, es desconocer el carácter central de estos derechos y colocarlos en el dominio de la voluntad absoluta.[378] De tal suerte que los derechos personalísimos presentan igualmente carácter irrenunciable y de orden público, con proyección constitucional a tenor de su artículo 20, extensible al ámbito de las obligaciones. Pues dicha norma reiteramos agrega al orden público, las buenas costumbres y "derechos de los demás". Aunque ciertamente, las violaciones a los derechos personalísimos son contrarias al orden púbico. Sin embargo, hemos referido que

---

[372] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación*..., pp. 189-191; Domínguez Guillén, *La obligación negativa*..., pp. 68-70.

[373] Cifuentes, Santos: *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1995, p. 437.

[374] De Castro y Bravo, Federico: *Temas de Derecho Civil*. Madrid, Rivadeneyra S.A., Reimpresión de la edición de 1972, 1976, p. 16. Véase igualmente: Trabucchi, Alberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1967, p. 111; Alfredo: *Personas Individuales*. Buenos Aires, edit. Depalma, 1946, pp. 152 y 153.

[375] Trabucchi, *ob. cit.*, p. 111.

[376] Domínguez Guillén, *Aproximación*..., p. 190, se cita Diez-Picazo y Gullón.

[377] Domínguez Guillén, *Innovaciones*..., p. 31; Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 482.

[378] Cifuentes, *Derechos*..., p. 438.

no obstante las precisiones anteriores, existen limitaciones a la libertad perfectamente lícitas según la naturaleza del contrato de que se trate lo cual se hace evidente en materia de obligaciones negativas[379].

Cabe incluir a tono con lo anterior las cláusulas abusivas y las que rompen el equilibrio de las prestaciones por vulnerar groseramente la debida proporcionalidad de las prestaciones.

Las cláusulas abusivas son aquellas enteramente desproporcionadas, excesivas y contrarias a la buena fe[380] (algunos la incluyen en el estudio de la causa del contrato[381] con base a su afectación al orden público). Conforman riesgo principal de los contratos de adhesión aunque no son exclusivas de tales, lo cual ha justificado que el legislador haya puesto especial atención sobre ellos[382]. La invalidez de las cláusulas abusivas son ejemplos claros en que el orden público se impone cuando se ofende la libertad y se excede los límites de la buena fe. Vimos también ejemplo de su improcedencia al referirnos a las cláusulas de exoneración total de responsabilidad, a propósito de la regulación convencional de la responsabilidad[383].

Son contrarias al orden público igualmente las *cláusulas que rompen groseramente el equilibrio de las prestaciones,* pues hemos reiterado que la obligación supone cierto mínimo de equivalencia y proporcionalidad. Algunos autores lo refieren expresamente, a la par de las cláusulas abusivas, a propósito del objeto del contrato, y también con ocasión de la referida figura de la "imprevisión"[384]. "Las nuevas tendencias apuntan" a evitar un desequilibrio"[385] según indicamos[386].

El contrato no es expresión de libertad sino el sometimiento mismo de ella a la otra parte con la que se vincula, así el dirigismo contractual procure el *equilibrio de las prestaciones*[387]. La sentencia de los créditos indexados que alude a las cláusulas usurarias[388], permite sostener la debida "equidad

---

[379] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La obligación negativa...*, pp. 60-84.

[380] Véase: ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas...*, pp. 257-341*;* SOTO COAGUILA, *Las cláusulas...*, pp. 179-220.

[381] LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 335-349.

[382] Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-7-10, Exp. AP42-N-2008-000244, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/julio/1478-13-AP42-N-2008-000244-2010-906.html

[383] Véase *supra* tema 14.2.3.

[384] LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 310-335.

[385] TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html.

[386] Véase *supra* tema 1.7.9.

[387] FIERRO MÉNDEZ, *ob. cit.*, p. 62 (destacado original).

[388] Véase: TSJ/SConst., Sent. 85 del 24-1-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm "para determinar la usura, basta el cobro excesivo de intereses o la desproporción de las prestaciones entre las partes, donde una obtiene de la otra una prestación notoriamente inequivalente; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 31-7-06, http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/1697-31-29.369-.html "desaplica el contenido del artículo 1.534 del Código civil por ser violatorio de los artículos 82, 114 y 115 de la Constitución".

y proporcionalidad" de la prestaciones en general[389], toda vez que el equilibrio de las prestaciones es fundamental en la relación obligatoria. Y así refiere acertadamente la doctrina a propósito del orden público en materia patrimonial que "las condiciones o cláusulas que rompen el equilibrio de las prestaciones o aquella que intensifica la desigualdad de las partes –los débiles jurídicamente– serían improcedentes". Esto pues al Estado le interesa por el bien de la colectividad tutelar cierto sector del Derecho Privado y por ende limitar la autonomía de la voluntad[390].

Se aprecia decisión judicial en este sentido "a juicio de esta Corte, viene a concretar la obligación de trato equitativo y digno que impone la Constitución, lo cual, a modo de consecuencia inmediata, lleva necesariamente también al justo equilibrio de las prestaciones, por cuanto si no existe equilibrio existe abuso o desproporción, que operaría como causa de nulidad de la cláusula o estipulación en cuestión[391]. Ello se hace más evidente y necesario en materia de protección al consumidor, según indicamos[392].

Tal planteamiento que encuentra por base la necesidad del objeto lícito del contrato, es ciertamente más amplio que la figura de la rescisión por lesión en caso de desproporción económica, la cual tiene carácter "taxativo". Amén que la proporcionalidad excede el ámbito de las obligaciones de dar y se extiende a las de hacer y a las obligaciones negativas. La proporcionalidad de las prestaciones o justo equilibrio de las prestaciones puede propiciar la nulidad del contrato a la luz del examen del caso concreto si el juzgador la considera de tal magnitud que es contraria al orden público. Vale recordar que la justicia, libertad e igualdad presentan soporte constitucional (arts. 1 y 2), de la cual no escapa el Derecho de Obligaciones[393]. El individuo puede obligarse contractualmente y, en este sentido, empeñar o comprometer su propia actividad, pero no podrá hacerlo si las restricciones que el contrato supone resultan desproporcionadas[394]. Se admite la posibilidad de intervención del juez para adecuar las prestaciones[395].

El orden público constituye un concepto jurídico abierto y abstracto, que podrá verse afectado por el transcurso del tiempo y la sociedad de que se trata[396], y que es fundamental para delimitar el alcance de la autonomía

---

[389] Véase sentencia tarjetas de crédito: TSJ/SConst., Sent., Nº 1419 del 10-7-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1419-100707-04-0204.htm "debe responder a los principios de equidad y proporcionalidad".

[390] De Freitas De Gouveia, *ob. cit.,* p. 51.

[391] Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 12-8-08, Exp. AP42-N-2005-001300 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/1478-12-AP42-N-2005-001300-2008-1560.html.

[392] Véase *supra* tema 1.7.10.

[393] Véase *supra* tema 1.7.6.

[394] Domínguez Guillén, *Aproximación...,* p. 190, con inclusión de nota 575.

[395] Véase: Rescigno, *ob. cit.,* p. 116, para atenuar la disparidad del poder contractual de las partes.

[396] Véase: Dos Santos P., Olga M.: *El hecho ilícito (tort) en el Derecho Norteamericano.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 76. Universidad Central de Venezuela, 1990, p. 272. Lo que es una norma de orden público para un Estado puede no serlo para otro.

de la voluntad. Y así se refiere que "una somera retrospectiva puede hacernos comprender cómo convenciones alguna vez tildadas de inmorales comenzaron a gozar primero de una simple y mera indulgencia que luego se convertiría en legitimidad; y, por el contrario, otras antes aceptadas en forma generalizada devinieron inmorales con el correr de las décadas"[397].

Hay aspectos que escapan a la voluntad de las partes al margen de su autonomía, y cuando el orden social se ve perturbado por las previsiones contrarias al orden público, la consecuencia es la nulidad[398]. De allí que se aluda a "principales estipulaciones nulas por objeto ilícito".

6.3.2. *Buenas costumbres*[399]: La ilicitud de la prestación podría derivarse porque la cláusula sea contraria a las buenas costumbres, lo que responde a un concepto social y ético; constituidas por una serie de principios morales de un determinado lugar y momento histórico. Tiene que ver con aquello que para el hombre promedio constituye un sentimiento ético. Al igual que el de orden público también es concepto relativo y cambiante[400].

El objeto de la prestación y por ende del contrato tampoco puede ser contrario a las buenas costumbres, las cuales constituyen normas de conducta reiteradas por la sociedad. La libertad contractual encuentra sus límites con el choque de las "buenas costumbres", es decir, contra las reglas morales reconocidas por la comunidad jurídica. Cuando por ejemplo, cuando una de las partes se compromete a realizar una conducta inmoral[401]. El Derecho no debe tolerar lo que la moral reprueba, por lo que los contratos que crean obligaciones que la moral rechaza no deben ser válidos. Pero su determinación dependerá de la jurisprudencia[402].

Y así un contrato que pretenda establecer una conducta contraria a la moral como la prostitución, conductas sadomasoquistas o nudistas[403]. Históricamente, la jurisprudencia ha considerado inmorales los contratos relativos a la prestación de servicios en casas de tolerancia, sea que se trate del trabajo como regente, pupila y aun de simple doméstica[404].

---

397 Ahuad, *ob. cit.*, p. 4.

398 Véase: Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 361, nota 94.

399 Véase: Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 306 y 3077; TSJ/SConst., Sent. 85 de 24-1-02 http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm.

400 Lagrange, *Apuntes*...

401 Larenz, *ob. cit.*, p. 75.

402 Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 307.

403 Lagrange, *Apuntes*... antiguamente en Francia se consideraba contrario a las buenas costumbres contratar a alguien para aplaudir. Ahora es perfectamente lícito. Véase: Garibotto, *ob. cit.*, p. 75, ubica la prostitución entres los ejemplos contrarios a la "causa ilícita", amén del profesional que presta su título y responsabilidad a quien no pueda ejercer la profesión, deudas de juego ilícito.

404 Auhad, *ob. cit.*, p. 5.

También la doctrina alemana ha considerado contrario a las buenas costumbres aquellos contratos estrangulantes para el deudor[405]. No debe concederse fuerza vinculante a un contrato cuyo contenido afecta principios éticos que deben regir la libertad de contratación[406]. Aunque según explicamos en el punto anterior la desproporcionalidad que linda con las cláusulas abusivas ha sido considerada contraria al orden público. No obstante lo interesante es la coincidencia de la doctrina en rechazar por contrario al orden público o inclusive a las buenas costumbres tales acuerdos.

A lo que bien se pudiera agregar "los derechos de los demás", de conformidad con el artículo 20 de la Carta Magna, pues cabe recordar que los derechos personalísimos entre los que se ubica la "libertad" son indisponibles.

6.3.3. *Principales estipulaciones nulas por objeto ilícito.* Entre tales la doctrina fundamentalmente ubica la estipulación de intereses usureros y los pactos sobre sucesión futura.

a. *Estipulaciones de intereses usureros*[407]. Referimos las limitaciones a los intereses[408]. El rechazo al contrato usurario que algunos relacionan también con la causa tiene que ver con la razonabilidad y justicia de la finalidad perseguida por las partes relacionado con la equivalencia de prestaciones; no es lícito usar el contrato para obtener ventaja en perjuicio[409] de otro[410].

---

[405] Véase: Serick, Rolf: *Los "estrangulantes" contratos de garantía".* En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo II, pp. 241 y 242, (trad. Tatiana B. de Maekelt), "el acreedor se comporta frente al deudor en forma violatoria a las buenas costumbres. La jurisprudencia denomina claramente estos negocios jurídicos contratos estrangulantes. Los estrangulantes contratos de garantía son negocios jurídicos que roban al deudor-garante, en una forma contraria a las buenas costumbres, su independencia económica. La Corte de Reich denomina las formas de aparición de estos contratos estrangulantes 'succión' del deudor por el acreedor y 'tácita propiedad del negocio' (la rebaja del deudor a la categoría de un muñeco de paja en manos del acreedor). La enumeración no es exhaustiva. También a esta categoría pertenecen, por ejemplo, las inmorales supergarantías y otros similares. "El estrangulante contrato roba al deudor garante su libertad económica al establecer exageradas e indignas limitaciones. Este contrato sólo sirve para amparar los propios intereses del acreedor, y en consecuencia aparta por completo a un lado las aspiraciones del deudor garante". Véase cita del autor a propósito de venta con pacto de retracto: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 8-6-10, Exp. 10050 http://vargas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/JUNIO/130-8-10050-9012.HTML. En el mismo sentido y del mismo tribunal: Sent. 29-4-10, Exp. 8733, http://vargas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/ABRIL/130-29-8733-9189.HTML.

[406] Martín Pallín, José Antonio: *Los contratos blindados.* En: Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid Nº 46, noviembre-diciembre 2012, http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-46/217-sumario-numero-46-0-5898250151330838.

[407] Véase: Madrid Martínez, *Las limitaciones ...,* pp. 757-814.

[408] Véase *supra* tema 5.7.6.

[409] Lutzesco, *ob. cit.,* p. 31.

[410] Salas, Acdeel E.: *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos.* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 55.

A decir de Maduro Luyando, la nulidad absoluta del acto usurario sería la consecuencia de la estipulación de intereses usurarios[411]. Para otros cuando los intereses sean por encima del interés legal, se rebajarán por el Juez al límite legal máximo (12%), esto es, lo que procedería es la reducción del interés a la rata legal con devolución de lo pagado en exceso[412].

Ahora bien, desde el punto de vista civil, el contrato que constituya un convenio usurario estará viciado de nulidad absoluta. Sin embargo, respecto de la hipótesis concreta de los intereses, se discute si esa cláusula es nula o si más bien operaría simplemente una al máximo del interés pactable conforme a las disposiciones legales[413]. La opinión mayoría apunta a una reducción, pero dicha tesis parece difícil de sostener que la cláusula sobrevive pero modificada. Interpretación sumamente cómoda para los intereses del acreedor usurero. Al deudor le interesaría sostener que toda la cláusula es nula y que a lo sumo lo que procede es el interés legal. En acertada opinión de Lagrange, si los pactos usureros le han parecido repugnantes al Legislador como para erigirlos a la categoría de delito, debe reconducirse a la nulidad absoluta del contrato o de la cláusula. Pues sería un contrasentido sostener que el contrato constituye un delito pero civilmente produce efectos parcialmente. Eso se presentaría como un contrasentido lógico. Por lo que mejor se presenta en su opinión es considerar nula toda la cláusula por contraria al orden público[414], toda vez que la usura se presenta como un

[411] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 439, TSJ/SCC, Sent. Nº 000682 del 19-11-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/158863-RC.000682-191113-2013-13-315.HTML "...por cuanto ese contrato simulaba un préstamo de carácter usurario entre las partes... se trataba como bien lo alegó el actor de una nulidad absoluta".

[412] Véase: DFMS1C, Sent. 30-7-70, J.R.G., T. 27, pp. 47 y 48, el préstamo con intereses usurarios afecta la licitud del objeto del contrato, pero no su causa, por cuya razón la sanción no es la inexistencia del préstamo sino la reducción del interés a la rata legal con devolución de lo pagado en exceso. Véase también: Juzgado de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 9-8-12, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2012/agosto/961-9-10200-11-.html; TSJ/SCC, Sent. 000455 del 25-10-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000455-251010-2010-10-149.html.

[413] Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 16-2-09, Exp. 008790 http://monagas.tsj.gob.ve/decisiones/2009/febrero/1695-16-008790-.html la usura en materia civil constituye un vicio que da lugar ya sea la nulidad del acto jurídico tachado de usuario, ya sea a un reajuste equitativo. En consideración a los hechos que anteceden, quien aquí decide estima que ambos porcentajes estipulados en las citadas cláusulas son improcedentes por considerarse éstos excesivos, resultando los mismos contrarios a la Ley. Y así se decide; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-12-10, Exp. 10-3514, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/diciembre/1322-17-10-3514-188.html "...que el contrato de venta con pacto de retracto y de arrendamiento de los vehículos descritos e identificados en actas fue un contrato en el que se ocultó un préstamo de dinero con garantía sustentada en una tasa de interés desmesurada constituyendo causa ilícita, amén que las pruebas promovidas por el sujeto pasivo en nada contribuyeron a desmentir lo señalado en su contra, se impone concluir en declarar con lugar la demanda, con la consecuente declaratoria de la nulidad del contrato en cuestión. Así se decide".

[414] Lagrange, *Apuntes*...Véase: Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 11-5-09, Exp. 9575, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/MAYO/2142-11-9575-.HTML "Que la decisión Nº 85 del 24 de enero

delito penal[415], ratificado en la reciente Ley Orgánica de Precios Justos. La doctrina extranjera alude a la denominada "nulidad del exceso", señalando que los contratos que prevén intereses excesivos son modificados parcialmente en los juicios indicando que ellos adolecen de una nulidad absoluta parcial, que se opone a nulidad total o completa de un acto jurídico. Pues la nulidad absoluta no se opone a la nulidad parcial sino a la relativa[416], quedando vigente el resto del contrato[417]. Se aprecia decisión judicial que declara inadmisible la solicitud de intereses por encima del máximo de ley por contrario al orden público[418].

Pareciera que el supuesto de rescisión por lesión en materia de intereses (CC, 1.746 CC)[419] quedaría reducido a aquellos casos en que no se configure el delito usura, toda vez que el mismo es contrario al orden público y por ende configura un objeto ilícito que propicia la nulidad absoluta.

---

de 2002, dictada por la Sala Constitucional... sirve de antecedente jurisprudencial de un pronunciamiento civil en relación a las cláusulas usurarias; ...se agrega... la ilegalidad e inconstitucionalidad de las cláusulas usureras, declarándose que debían no admitirse (excluirse) o negarse su procedencia en la definitiva; que posterior a la entrada en vigencia de la nueva ley, la usura devino en delito y es obligatorio para el juez civil declarar su improcedencia"; TSJ/SConst., Sent. 85 de 24-1-02 http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm "Se anula, por carecer de equivalencia con las obligaciones entre los contratantes, la tasa de interés moratoria adicional de cualquier porcentaje, que se sume a las tasas para el cálculo de los intereses moratorios del mercado. Se trata de cláusulas usurarias, contrarias a las buenas costumbres".

[415] TSJ/SCP, Sent. 287 del 16-6-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/junio/287-16609-2009-c08-502.html ; TSJ/SCP, Sent. Nº 17 del 29-1-09, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/Enero/17-29109-2009-C08-502.html ;Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-3-05, 00610 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/marzo/498-10-610-123.html "La usura, atenta contra la vitalidad de la Nación y la seguridad económica de cualquier régimen político en detrimento de sus administrados o clases desposeídas"; TSJ/SCP, Sent. Nº 252 de 29-4-08, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/abril/252-29408-2008-C07-0459.HTML; TSJ/SCP, Sent. 1315 de 24-10-00, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/octubre/1315-241000-C000992.HTM . Véase también: Moisset de Espanés, Luis: *Represión Civil de la usura.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-7, www.acaderc.org.ar

[416] Padilla, *ob. cit.*, p. 121.

[417] *Ibid.*, p. 122, para algunos la cláusula subsiste pero reducida. La nulidad es del exceso, no del contrato o de la cláusula.

[418] Véase: Juzgado Tercero de los Municipios Maturín, Aguasay, Santa Bárbara y Ezequiel Zamora de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 7-8-09, Exp. 2530, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/agosto/1871-7-2530-.html. En consideración a los artículos antes transcritos (1746 CC, 108 CCom y 341 CPC) y siendo que en el contrato cursante en autos se estipuló una tasa mensual de interés del veinte por ciento (20%) mensual; la cual excede el máximo permitido por el Código Civil y la Ley Especial que regula la materia, la presente acción no debe ser admitida puesto que contraria disposiciones legales, y así se decide. Véase también: Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-3-05, 00610 http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/marzo/498-10-610-123.html luego de referirse a la usura indica que "al ser inexistente o nulo el documento base de la pretensión del actor, esto es el documento de ..., ya reseñado, se concluye que la acción propuesta atenta contra el orden público y las buenas costumbres, mal puede este Tribunal emitir pronunciamiento... La acentuada debilidad manifiesta en la que se encontraba el demandado ante el poder económico del actor, constituyendo a criterio del Tribunal que el negocio jurídico celebrado por las partes lo fue un préstamo de dinero en connotación de una usurería exhorbitante penada por la Ley, más no así un negocio jurídico de venta con pacto de retracto".

[419] Véase *infra* 10.4.2 de este mismo tema.

b. *Prohibición de pactos sobre sucesión futura*[420]: Dispone el art. 1022 CC: "*No se puede, ni aun por contrato de matrimonio, renunciar a la herencia de una persona viva, ni enajenar los derechos eventuales que se puedan tener a aquella herencia*". De allí que es nulo el contrato sobre la herencia de una persona viva[421]. Las clases de tales pactos pueden ser de institución o de renuncia; los primeros pretenden regular la propia sucesión (por ejemplo una persona conviene con otra en dejarle toda su herencia); los de renuncia suponen como lo denota su denominación "renunciar" a una sucesión no abierta, esto es, de una persona viva. Tienen su fundamento en la libertad de disponer y evitar el deseo de muerte, respectivamente[422].

Una vieja idea ve inmoral que en tales pactos se vea una especie de *votum mortis*, de voto o deseo de muerte. La idea era proteger a la persona contra sí misma. Aunque ello puede presentarse en contratos como la renta vitalicia (CC 1790) o el seguro de vida. En materia sucesoria sin embargo, el testamento permite disponer de los bienes propios y el artículo 1127 CC prevé una suerte de partición del patrimonio de uno en vida[423].

7. La causa[424]

[420] Véase: Cano Martínez de Velasco, José Ignacio: *La prohibición de los contratos sucesorios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 309 y 310.

[421] Larenz, *ob. cit.*, p. 77.

[422] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 441 y 442.

[423] Lagrange, *Apuntes*...

[424] Véase: Gorrín, Guillermo: *La causa del contrato en la doctrina de Venezuela. Ausencia de un adecuado análisis a l luz de la moderna doctrina general de los contratos*. En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés". Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 337-365; Mélich Orsini, José: *La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 147, 1983, pp. 9-70; León Hurtado, Avelino: *La causa*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales 49, 1961; Laje, Eduardo Jorge: *La noción de causa en el Derecho Civil*. Buenos Aires, Arayu, 1955; Dabin, J.: *La teoría de la causa*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1995; Garibotto, Juan Carlos: *La causa final del acto jurídico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985; Pino, Augusto: *Reflexiones sobre la causa del negocio*. En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, T. I, pp. 487-498; Gambaro, Antonio: *Causa y contrato*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo. Colombia, Universidad de Externado, 1998, pp. 159-198; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N.: *La causa y la frustración del contrato*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 47-67; Alioto, Daniel G.: *La causa del contrato*. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 165-181; Mazeaud, Denis: *La notión de cause d' origine francaise*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 121-136; De Los Mozos, José Luis: *Nuevas reflexiones críticas sobre la causa en los contratos*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 237-252; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158*..., pp. 309-420; Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 243-308; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 403-428; Palacios Herrera, ob. cit., pp. 194 y ss.; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, pp. 327-341; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 125-142; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 195-237; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 46-48; Dominici, *ob. cit.*, pp. 562-570; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 31-35; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 55-61; Ferri, *ob. cit.*,

7.1. *Generalidades*

Para algunos es uno de los aspectos más oscuros y confusos[425], llegándose inclusive a dudar que constituya realmente un requisito del contrato[426].

Figura como elemento esencial del negocio jurídico cuya ausencia supone la nulidad del acto[427]. La causa –cuya teoría general no llegó a ser formulada por los romanos[428]– es la razón determinante que ha dado nacimiento a la obligación[429], es el fin perseguido para contratar. "Se refiere a los motivos principales y determinantes que impulsaron a cada una de las partes a contratar"[430]. Es pues el propósito o fin que persiguen las partes con la celebración del contrato[431]. En definitiva se presenta como el fin o función económica jurídica que cumple el contrato, esto es, la razón, el móvil o motivo[432].

Toda prestación ha de tener una razón antecedente, un fundamento que la justifique, es decir, una causa[433]. Para que un contrato sea válido no basta entonces que las voluntades existan y se pongan de acuerdo; es preciso también que hayan sido motivadas. Y la motivación de la voluntad constituye la teoría de la causa[434]. La causa es el motivo jurídicamente suficiente o relevante para determinar a ambos contratantes o alguno de ellos a obligarse[435]. La causa es el fin inmediato que ha determinado el deudor. Así como identificar el contrato celebrado (compraventa, arrendamiento, etc.) y controlar la licitud del contrato[436].

En efecto, a través de la causa es posible controlar la conformidad del contrato con el orden público y las buenas costumbres[437], por lo que la ilicitud de la causa viene dada por la violación de normas imperativas, contrarios al orden público o la moral[438]. Y así refiere Casación que "la correcta interpretación del artículo 1.157 del Código Civil, conlleva a establecer que su sentido y alcance es el de comprender los casos de nulidad contractual en

pp. 393-446; Lalaguna Domínguez, *ob. cit.*, 2003, pp. 61-83; TSJ/SCC, Sent. Nº 148 del 6-3-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.HTML.

425 Véase: Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, p. 89; Ossorio Morales, *ob. cit.*, p. 232; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 44-47.

426 Lalaguna Domínguez, *ob. cit.*, 2003, p. 61.

427 *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 339.

428 Laje, *ob. cit.*, p. 3; León Hurtado, p. 18, la causa no fue creada por el Derecho romano.

429 Dominici, *ob. cit.*, p. 562.

430 Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 47.

431 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 242.

432 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 194, agrega que el consentimiento solo no explica el fundamento mismo de mi voluntad de obligarme. Dominici alude a "razón de ser"; *Compendio di Istituzioni..., ob. cit.*, p. 340, se asocia al motivo y función económico social del negocio.

433 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 372.

434 Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 349 y 350.

435 Sanojo, *ob. cit.*, p. 31.

436 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 243.

437 Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 48.

438 Garibotto, *ob. cit.*, pp. 73-75.

los casos en que se verifique una total ausencia de causa, falsedad o ilicitud de la misma, entendiendo por causa ilícita aquella que es contraria a la ley, a las buenas costumbres y al orden público"[439].

Puede ser difícil distinguir causa de objeto del contrato, toda vez que ambos deben estar a tono con el orden público y las buenas costumbres. La causa es el fundamento jurídico que justifica la producción de las obligaciones que nacen del contrato y cumple el objetivo de limpiar la amplia autonomía de la voluntad que se concede a las partes[440]. Sea cual fuere el contrato, siempre existe un móvil que se adelanta a la concreción material de aquél[441]. Se pregunta Mélich ¿Cómo distinguir causa de objeto? Refiere que Oudot decía: objeto ¿A qué nos obligamos?; causa ¿Por qué nos obligamos?[442] O como indica Dominici: ¿Por qué se debe? La respuesta es la causa. ¿Qué es lo que se debe? El objeto[443].

Refiere Pino que no es lo mismo la causa del negocio jurídico que la causa de la obligación, como ha sido tradicional[444]. Los fenómenos jurídicos son tal por la utilidad que les reconoce el Derecho. Pero la causa como requisito del contrato supone el análisis sobre la utilidad social[445]. Las limitaciones a la causa vienen dadas por normas imperativas, orden público y buenas costumbres (conciencia moral de la colectividad), estos últimos conceptos variables en el tiempo[446]. El requisito de la causa debe entenderse como una exigencia de que la obligación asumida mediante el contrato esté *justificada*[447]. Se afirma que la causa de la obligación es siempre una misma en una categoría de contratos. Algunos la califican de causa abstracta y no varía para cada contrato aisladamente considerado sino que es idéntica en cada categoría de contrato[448] a título gratuito o a título oneroso. En los contratos a título gratuito es la intención liberal del deudor. En los contratos a título oneroso la existencia de una contraprestación, aunque ésta no se presenta siempre de la misma manera según se trate de un contrato sinalagmático o de un contrato unilateral[449]. Se afirma que en una visión objetiva, la causa de la obligación es siempre la misma para cada tipo de contrato[450].

---

[439] Véase: TSJ/SCC, Sent. 193 del 2-5-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC.000193-2513-2013-12-407.HTML.

[440] PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 554.

[441] GHERSI, *ob. cit.*, p. 173.

[442] MÉLICH ORSINI, *Doctrina....*, p. 245; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 329.

[443] DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 564 y 565.

[444] PINO, *ob. cit.*, p. 491.

[445] *Ibid.*, p. 493.

[446] *Ibid.*, p. 495.

[447] LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 290 (destacado original).

[448] OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 330, la causa de la obligación es diferente a la causa del contrato, ella es abstracta y desvinculada a la personalidad del contratante e idéntica para cada categoría de contrato.

[449] LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 357 y 358.

[450] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 127.

"La causa es un elemento o requisito del contrato, que a pesar de los argumentos que hacen ver su redundancia e inutilidad se conserva indefectiblemente y se lleva y trae en códigos, tratados y decisiones judiciales. Se confunde con el objeto, se presta a equívocos; causa subjetiva y causa objetiva, causa del contrato y causa de la obligación, función práctico o económico-social o motivo que induce al contrato, o en fin de cuentas, es la misma definición de la figura contractual específica, pero se sigue operando con el vocablo y el concepto de causa; el contrato debe tener una causa real y además lícita, so pena de nulidad. Pero, ¿Es que acaso sería concebible un contrato sin función social? ¿O sin un motivo propio, concreto y objetivo?[451].

La teoría pluralista de la causa sostiene que no hay un concepto único de causa sino que debe identificarse caso por caso[452]. Algunos distinguen entre causa final y causa directa o mediata. Al efecto afirma Garibotto, que la causa final es la "finalidad, que, mediante la celebración de un acto jurídico, explica y justifica el establecimiento de relaciones jurídicas entre personas, o, precisando más aún el concepto, es la representación anticipada que el o los otorgantes del acto tienen de la finalidad que persiguen mediante su realización y que los determina a celebrar ese acto jurídico"[453]. Noción amplia que a decir del autor permite incluir tanto a la causa final *directa o inmediata* (constituida por el motivo abstracto o jurídico del acto, como crear, modificar o trasmitir derechos) como la causa final *indirecta o mediata* (constituida por los motivos concretos, individuales y psicológicos variables en una misma categoría de negocios jurídicos)[454]. Se afirma así que la causa *final* o causa propiamente dicha se distingue de la causa motiva o imputiva, pues la primera es invariable para cada contrato, en tanto que la segunda varía y responde a circunstancias individuales[455]. Esa causa "final" se refiere a la obligación y no propiamente al contrato[456]. Lo que se corresponde con la distinción entre causa objetiva y subjetiva.

La relevancia de la causa subjetiva ha sido puesta de relieve como criterio determinante de la ley o las normas jurídicas aplicables a la relación obliga-

---

[451] Hinestrosa, Fernando: *Validez e invalidez del contrato en el Derecho latinoamericano.* En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo. Colombia, Universidad de Externado, 1998, p. 212.

[452] Gorrín, Guillermo: *La causa del contrato en Venezuela: ausencia de su adecuado análisis a la luz de la moderna doctrina general de los contratos.* Conferencia dictada en las I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés. (Caracas, Viernes 14 y sábado 15 de febrero de 2014). Se atiende modernamente a la eliminación de la causa por diversos motivos, entre los que se afirma que se puede llegar al mismo resultado por vía del objeto del contrato.

[453] Garibotto, *ob. cit.*, p. 65.

[454] *Ibid.,* pp. 65 y 66; Lalaguna Domínguez, *ob. cit.*, 2003, p. 63, la causa final mueve la voluntad, en tanto que la causa eficiente constituye libre voluntad.

[455] Laje, *ob. cit.*, p. 16.

[456] Véase: León Hurtado, p. 17, la causa del contrato en el sentido motivo que induce a contratar, corresponde al concepto de causa ordinaria y tiene influencia sobre la validez del acto. La causa de la obligación en cambio corresponde a la causa final.

toria[457]. Así Ochoa distingue dos maneras de ver la causa: 1. *objetivamente*: como causa de la obligación, esto es, la razón por la que se obliga (ejem. la causa de pagar el precio sería la entrega de la cosa) 2. *subjetivamente*: como causa del contrato. Tiene que ver con dónde se controla la licitud y moralidad del contrato, pues debe tratarse de un fin lícito y no contrario al orden público. No se trata de una noción inútil sino de una importancia capital porque supone un límite a la autonomía de la voluntad y al predominio del orden público. Responde a la pregunta: ¿Por qué el contratante le obligó?[458]. El autor explica que Domat y Pothier dejaron de lado la causa subjetiva reduciéndola a una noción técnica y abstracta ajena a la voluntad e intención (ejem. en la compraventa la causa del vendedor es el pago y del comprador la entrega de la cosa). Para autores como Planiol quien es anticausalista, la teoría es falsa. Capitant, causalista moderno, trata de resolver la antinomia entre causa subjetiva y objetiva, dándole valor a la intención, pretendiendo controlar la libertad contractual[459]. Para Palacios Herrera la causa no se ubica en los elementos objetivos del contrato sino en el proceso psicológico del sujeto obligado[460].

Por su parte, la jurisprudencia también refleja la distinción entre causa *subjetiva* y causa *objetiva* al indicar que "respecto al elemento causa del contrato, concebido desde un punto de vista subjetivo como la finalidad perseguida por las partes, en tanto que objetivamente se entiende por tal la contraprestación que cada contratante recibe del otro, observa la Sala que en el contrato bajo análisis, la misma no es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público, configurándose el último de los requisitos inherentes a la existencia de los contratos exigidos por el Código Civil"[461]. Se aprecia otra decisión judicial que refiere la causa objetiva: "con referencia a la causa enseña la Teoría de la Bilateralidad: que la causa de las obligaciones de una de las partes es la causa de las obligaciones de la otra parte, que aplicado al contrato de arrendamiento (el cual es sinalagmático o bilateral) tenemos que la causa de la obligación del arrendador es permitir al arrendatario el uso de la cosa dada en arriendo en forma pacífica y la

---

[457] Véase: ADRIÁN HERNÁNDEZ, Tamara: *La multiplicidad de regímenes jurídicos obligatorios y la causa subjetiva como uno de los criterios esenciales de determinación de la ley aplicable a tales relaciones. (Algunas bases para una teoría de los actos y hechos jurídicos subjetivos comerciales, de consumo, anticompetitivos y cooperativos*) En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 27-63.

[458] OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 328 y 329.

[459] *Ibid.*, pp. 332-334.

[460] PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 195, indica que sin embargo la causa sería la razón "inmediata" y los motivos "los fines "mediatos". Ejem. comprar una casa.

[461] TSJ/SPA, Sent. 00428 del 11-5-04.

causa de la obligación del arrendatario es pagar al arrendador el canon de arrendamiento como contraprestación por el uso de la cosa"[462].

La doctrina española se apunta en la línea que la causa de la obligación es objetiva pues los motivos particulares y subjetivos que inducen a las partes a contratar son en principio irrelevantes[463]. Se afirma así que la causa de la obligación es distinta a los motivos, pues en todo contrato, al lado de una razón invariable y uniforme de comprometerse para la categoría a la cual pertenece un contrato, hay motivos que varían de un contrato a otro. Por ejemplo, en la compraventa el vendedor se compromete a entregar la cosa y hacer propietario al comprador. Y éste se compromete a pagar el precio de la venta. En la donación, la intención liberal puede responder a infinitos motivos. Por consiguiente, fuera de la causa de la obligación, existen motivos numerosos y variables. Según los autores clásicos no es posible hacer depender un contrato de los motivos los cuales son variables, ello iría contra la seguridad jurídica, por ser excesivamente variables[464].

No ha faltado quien considere la inutilidad de la noción de causa, toda vez que el mismo fin pudiera lograrse con el análisis del objeto del contrato. Surge así el anticausalismo, que consiste en la negación de la causa como elemento esencial del contrato, con base por ejemplo que en los contratos onerosos de obligaciones recíprocas, su simultaneidad excluye la causa correlativa[465]. De allí que grandes maestros del Derecho Civil sostuvieron la falsedad e inutilidad de la causa[466]. En Venezuela, Bastidas se presenta anticausalista[467].

Sin embargo otros afirman que el concepto de causa derivado la teoría clásica es fundamental en los contratos bilaterales según se evidencia de múltiples figuras o instituciones[468], pues sin ella ante el incumplimiento de la obligación de una de las partes no quedaría liberada la otra parte. Si sólo se exige objeto y consentimiento, si el comprador no cumple con su obligación la obligación sería técnicamente exigible. Pero el concepto de causa permite un elemento esencial pues la causa de la obligación del ven-

---

[462] Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html.

[463] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 376.

[464] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 363 y 362.

[465] Alioto, *ob. cit.*, p. 175, cita entre tales a la Laurent, Baudry-Lacantinerie, Huc, Giorgi. Véase también: Garibotto, *ob. cit.*, pp. 15-20, cita a Ernst, Laurent, Planiol (quien la califica de falsa e inútil), Giorgi y Dabin. Su refutación vendría dada por Ripert y Boulanger, Josserand. Llegando así al tránsito al neocausalismo encabezado por Capitant.

[466] Véase: Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 366 y ss.

[467] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 200.

[468] Véase: Garibotto, *ob. cit.*, pp. 67 y 68, la causa final directa o inmediata cumple una función primordial una función de protección individual, pues lleva ínsita, en los contratos bilaterales, la equivalencia relativa de las prestaciones, en tanto que, en los actos unilaterales, importa el respeto de la voluntad del otorgante. De allí se explican las normas como las relativas a la repetición del pago sin causa, el error sobre la causa, el dolo como causa de anulación, la imprevisión, la excepción de incumplimiento y la resolución por incumplimiento.

dedor es la obligación del comprador. De allí que señala Palacios Herrera que la causa cumple una función negativa, pues se emplea para extinguir o anular un contrato[469]. Se afirma en torno a la causa del contrato bilateral que la causa de la obligación de una de las partes es contraprestación recíproca de la otra[470]. La causa o más bien la pérdida de tal, lo vislumbran algunos como fundamento de la teoría de la imprevisión, pues la misma debe mantenerse a lo largo del contrato[471].

Recientemente se afirma que muchos hemos sido sorprendidos con que el proyecto de Reforma del Código Civil Francés se proponga la eliminación de la teoría de la causa como elemento del contrato[472]. Finalmente, a pesar de las críticas sobre la utilidad de la figura para algunos "la causa no ha muerto" y permanece latente en muchos espíritus[473].

7.2. *Casos de ausencia de causa*[474]

Dispone el artículo 1157 CC: *"La obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto..."*.

Se citan entre los casos de ausencia de causa

a. *Cuando la causa no ha existido nunca,* como es el caso de la fianza de obligación nula (art. 1805 CC), la venta de una cosa que ha perecido (art. 1485[475] CC), renta vitalicia constituida a favor de persona muerta (art. 1794 CC), seguro para cubrir riesgo inexistente[476].

b. *Cuando la causa existiendo en un principio deja de existir posteriormente*[477], como es el caso de la cosa arrendada que perece o se deteriora en cuyo caso el arrendatario puede pedir la liberación o la disminución del canon (CC, art. 1588) la liberación del enfiteuta de la pensión anual cuando perece en fundo enfitéutico (art. 1571 CC), en el contrato de arrendamiento de obras cuando el obrero pone sólo su trabajo y la cosa perece antes de

---

469 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 199, la compara con los leucocitos en el sistema circulatorio.

470 León Hurtado, p. 31.

471 Véase *supra* tema 8.3.

472 Gorrín, *La causa del contrato...*, p. 337, agrega "aunque como bien nos ha informado el profesor Denis Mazeaud ello no implicará que con tal modificación se excluirá en el futuro la aplicación de lo que con ocasión del desarrollo de ese elemento contractual es útil en relación a la validez y calificación de los contratos, entre otros temas. La tarea de la doctrina y jurisprudencia francesa, y de quienes en el futuro sigan ese modelo, consistirá entonces en la determinación de la vía para concretar tal propósito".

473 Dabin, *ob. cit.*, p. 5.

474 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 425 y 426; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, p. 355, se puede confundir con ausencia de objeto; TSJ/SCC, Sent. Nº 148 del 6-3-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.HTML.

475 "*Si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en totalidad, la venta es inexistente. Si sólo ha perecido parte de la cosa, el comprador puede elegir entre desistir del contrato o pedir la parte existente, determinándose su precio por expertos*".

476 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 137.

477 Véase: Messina, *ob. cit.*, pp. 64 y 65.

ser entregada, sin que el dueño esté en mora de examinarla, éste queda liberado, a menos que la cosa perezca por vicio de la materia o por causa imputable al arrendador (art. 1635 CC), en la rebaja de la prestación que el usuario puede pedir al titular de un fundo debido a los hechos naturales o de un tercero (art. 737 CC).

c. *Cuando la causa siendo referida al futuro no se realiza*, lo que acontece en el contrato de sociedad cuando el objeto se hace imposible (CC, art. 1673, ord. 2º).[478] O ante la donación en consideración a un matrimonio futuro que no se celebra (CC, art. 1450 CC)[479].

Refiere Casación que no reseña la doctrina patria el supuesto de "deficiencia parcial de la causa" a propósito de la posibilidad de nulidad por desproporción señalando que esta posición ha sido "censurada como un intento de extensión del instituto de la lesión creado al margen de los textos y en violación del artículo 1350 del Código Civil venezolano"[480]. No obstante, cabe recordar que la desproporcionalidad cuando linda en lo abusiva es contraria al orden público y para algunos a las buenas costumbres, por lo que es subsumible en la nulidad por "objeto" ilícito[481].

7.3. *Causa falsa*[482]

Referida en el citado artículo 1157 CC como carente de efecto. La causa falta o putativa también acarrea la nulidad de la obligación, esto es, aquella causa que una o ambas parte creen que existe y no existe en la realidad. Se ubica entre las causas falsas o errores en la causa (causa putativa)[483]: la transacción declarada nula porque se basa en documentos falsos o se realiza para resolver un litigio ya decidido (CC, arts. 1721 y 1722). Se agrega el caso del heredero que creyéndose tal cumple un legado. Para algunos la causa falta constituye una supuesto de ausencia de causa que no debe ser estudiado aparte.

7.4. *Causa ilícita*[484]: Los contratos de causa ilícita son nulos de conformidad con el artículo 1157 CC, según el cual "la causa es ilícita cuando es contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres". Sobre tales conceptos se remite a los desarrollados a propósito del objeto[485]. Algunos sin embargo, distinguen la causa inmoral, si es contraria a las buenas costumbres[486].

---

[478] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 425 y 426.

[479] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 137.

[480] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 290 y 291, TSJ/SCC, Sent. Nº 148 del 6-3-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.HTML.

[481] Véase *supra* este mismo tema 6.3.1. y 6.3.2.

[482] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 426; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, p. 336.

[483] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 426.

[484] *Ídem*; Dominici, *ob. cit.*, p. 569.

[485] Véase *supra* este mismo tema 6.3.2. y 6.3.1.

[486] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 427.

7.5. *Disposiciones legales relativas a la causa*

Indica el artículo 1157 CC: "*La obligación sin causa*[487], *o fundada en una causa falsa*[488] o ilícita[489], *no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público*[490]. *Quien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquéllas*".

Se refiere que dicha norma constituye la explicación del adagio: "*nemo auditor propriam tutpitudinem allegans*" de nadie puede alegar su propia torpeza[491]. Se trata de una regla moralizadora tomada del artículo 27 del Proyecto Franco-italiano que impide que los tribunales tengan que pronunciarse sobre pactos vergonzosos. Regla que busca que el deudor cómplice de la conducta torpe o inmoral pueda aprovecharse de la nulidad de un contrato que ha estimulado a celebrar; aunque se le objeta un posible enriquecimiento sin causa. Acción esta última que sólo admite la doctrina cuando sea posible alegarla extracontractualmente sin que el Tribunal deba conocer el contrato inmoral[492].

El artículo 1.157 del Código Civil, conlleva a establecer que su sentido y alcance es el de comprender los casos de nulidad contractual en los supuestos en que se verifique una total ausencia de causa, falsedad o ilicitud de la misma, entendiendo por causa ilícita aquella que es contraria a la ley, a las buenas costumbres y al orden público"[493]. Se ha visto como principio rector del Derecho Civil la salvaguarda al orden público, la moralidad y las buenas costumbres[494].

Con base a la referida norma del artículo 1157 CC la doctrina incluye pues entre los requisitos de la causa que esta ha de existir, ha de ser verdadera y debe ser lícita[495].

El artículo 1158 CC dispone: "*El contrato es válido aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario*".

---

[487] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, pp. 355 y 356, por ejemplo, contrato de seguro por riesgo inexistente o pagar una deuda ya pagada.

[488] Ej. vicios del consentimiento. Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. I, p. 336, para el autor inclusive mediante error inexcusable. Sería nula la obligación pero por un camino más sencillo.

[489] Ej. pagar por matar.

[490] Véase distinguiendo con base a la misma referencia en el Derecho italiano: *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 344, negocio ilegal es cuando la causa es contraria a una norma imperativa o de orden público; negocio inmoral es cuando la causa es contraria a las buenas costumbres.

[491] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 216; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 229 y 230.

[492] Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 296-298.

[493] TSJ/SCC, Sent. 000193 de 2-5-13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000193-2513-2013-12-407.html ; TSJ/SCC, Sent. Nº 148 de 6-3-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.html .

[494] López Mesa, *ob. cit.*, pp. 344 y 345.

[495] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 136-139.

La norma de 1158 CC consagra lo que ha denominado la doctrina la presunción *iuris tantum* de causa[496] en contra del deudor y en beneficio del acreedor; si el deudor pretende alegar la inexistencia o ilicitud de causa deberá probarla dada la presunción impuesta por el Legislador que considera la causa existente y lícita[497]. Rige pues la presunción de existencia de causa, por lo que el Juez no debe presumir cuál sea la causa, si ella no se expresa, sólo debe presumirse que existe. Teniendo el deudor la carga de la prueba de su inexistencia[498]. La doctrina refiere que si el deudor prueba que la causa es falsa, la situación ha cambiado en su provecho, pues cesa la presunción de causa, y será el acreedor quien debe probar cuál es la causa cierta de la obligación[499].

Se alude a contrato "abstracto" como aquellos que son válidos sin necesidad de expresar la causa. En tanto para otros es aquél que por expresa disposición del legislador se perfecciona de manera formal, cumpliendo la forma pautada, sin requerir frente a terceros expresión de la causa (letra de cambio o cheque). Pues el primer párrafo del artículo 1158 del CC solo se limita a exonerar de la obligatoriedad de la mención expresa de la causa. Opinión más sensata –a decir de Maduro Luyando– toda vez que se señala que el contrato abstracto debe ser previsto de un modo especial por el legislador, tomando en cuenta los caracteres de un tipo de negocio jurídico determinado[500].

En los contratos abstractos la causa carece de relevancia jurídica, es decir, su contenido, así como los defectos de lo que puede adolecer, no trascienden al negocio. Si se admiten los contratos abstractos, las otras funciones asignadas a la causa, como la tipificación del negocio o control de licitud, pueden conseguirse por otras vías[501]. En la doctrina española se afirma que la expresión no pretende referir contratos sin causa porque no

---

[496] Véase: Pietri, Alejandro (h): *La presunción de causa y otros estudios jurídicos*. Caracas, Fabretón, 1985; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 375, resulta relevante la dispensa *iuris tantum* de la prueba de la causa. Ello permite al acreedor reclamar el pago sin necesidad de probarla, pero el deudor por su parte podrá probar la falta de causa u obligación antecedente. Este limitado efecto de inversión de la carga de la prueba se conoce en la doctrina y jurisprudencia española como "*abstracción procesal de la causa*"; Dominici, *ob. cit.*, p. 570, ejemplo es indicar simplemente me obligo a pagar tal cosa; López Mesa, *ob. cit.*, p. 347; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 139-142.

[497] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 428, la presunción de causa tiene un doble alcance pues la causa se considera existente y se considera lícita. La presunción se establece en contra del deudor y en beneficio del acreedor. Por lo que si el deudor pretende alegar la inexistencia de causa tendrá la carga de la prueba.

[498] Véase: CSJ/Cas., Sent. 28-5-74, OPT, Vol. 5, mayo 1974, p. 154.

[499] Pietri, *La presunción de causa...*, pp. 289 y 290, la situación es la misma que se presenta cuando el documento sí expresa una causa pero el deudor demuestra que es falsa, caso éste en que corresponde al acreedor la prueba de la causa verdadera. Esta solución está en todo conforme con los principios y con la ley. Cuando el acreedor ha invocado una causa que resulta falsa, su situación no merece protección por la ley, pues es de pensar que no ha existido nunca o que sea ilícita. Entonces se impone proteger al deudor.

[500] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 427 y 428.

[501] López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 245 y 246.

existen sino a la posibilidad de que determinado negocio jurídico puedan llegar a producir sus efectos con independencia de las incidencias por las que pudiera pasar aquel contrato[502].

8. La capacidad[503]

8.1. *Generalidades*

La capacidad es tema fundamental de teoría general del Derecho. Su acercamiento corresponde inicialmente a la asignatura *Derecho Civil I Personas* a propósito de la diferencia entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de obrar o de ejercicio. La primera es la "medida" de la aptitud[504] para ser titular de deberes y derechos o más resumidamente la "medida de la personalidad", pues la restricciones a la misma se traducen en una cuestión de *quantum*. Toda persona tiene en general dicha capacidad jurídica o de goce aunque en el ente incorporal es más limitada que en el ser humano, en razón de su propia naturaleza y de su finalidad. Pero la capacidad de goce si bien algunos la asimilan a la "personalidad", algunos acertadamente le adicionan la nota de "medida", porque se puede sufrir restricciones a la misma que vienen dadas por las "incapacidades especiales de goce".

Se distingue por otra parte, lo que para algunos constituye la "verdadera" capacidad a saber la de obrar o de ejercicio. La capacidad de obrar o de ejercicio se presenta como la posibilidad de realizar actos jurídicos válidos por voluntad propia, esto es, sin precisar de representación o de asistencia por imperativo legal. Dicha capacidad de obrar se desglosa en negocial, procesal o delictual. Esta última no depende técnicamente de la capacidad de obrar sino del discernimiento a tenor del artículo 1186 del CC. Se ha considerado tautológico referirse a capacidad para contratar pues no es en esencia distinta de la que se exige para la celebración de cualquier acto jurídico[505].

---

[502] Véase: Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, p. 93.

[503] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos sobre Capacidad...*, pp. 19-87; De Freitas De Gouveia, Edilia: *La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje Nº 5. Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 319-345; Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 314-332; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 64-100; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 451-459; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 146-150; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 72-79; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 14 y 15; Dominici, *ob. cit.*, pp. 535-538; Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil Personas.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 23ª edic., 2010, pp. 199-210; Gataldi, José María: *Capacidad y legitimación para contratar.* En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 111-152; Pons Tamayo, Héctor: *Capacidad de la Persona Natural.* Maracaibo, Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, 1971; León Robayo, Édgar Iván: *La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 83-105; Gordillo, Antonio: *Capacidad, Incapacidades y estabilidad de los contratos.* Madrid, edit. Tecnos, 1986.

[504] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 65; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 25-27; Juzgado del Municipio Carrizal de la Circunscripción judicial del estado Miranda, Sent. 30-7-10, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2010/julio/119-30-2849-10-.html.

[505] Risolia, Marco Aurelio: *Capacidad y Contrato.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 33.

Las normas relativas a la capacidad en materia contractual se ubican en los arts. 1143 a 1145 CC. Según el artículo 1143: "*Pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la Ley*"[506]. Ello amén de la referencia expresa del artículo 1142 del CC según el cual la capacidad legal constituye requisitos de validez del contrato[507], sin el cual puede ser atacado de nulidad.

El artículo 1144 CC dispone: "*Son incapaces para contratar en los casos expresados por la Ley: los menores, los entredichos, los inhabilitados y cualquiera otra persona a quien la Ley le niegue la facultad de celebrar determinados contratos. No tienen capacidad para adquirir bienes inmuebles los institutos llamados de manos muertas, o sea los que por las leyes o reglamentos de su constitución no pueden enajenarlos*"[508]. Veremos de seguidas[509] que los incapaces de obrar son los menores de edad con inclusión de los emancipados que presentan un mayor grado de capacidad y los mayores de edad entredichos o inhabilitados.

De seguidas dispone el artículo 1145 CC: "*La persona capaz de obligarse no puede oponer la incapacidad del menor, del entredicho, ni del inhabilitado con quien ha contratado. La incapacidad que se deriva de la interdicción por causa de condenación penal, puede oponerse por todos aquellos a quienes interese*"[510]. Según veremos al referirnos a los principios que rigen la capacidad, solo puede impugnar el acto quien en cuyo favor se ha consagrado la incapacidad. Salvo el caso del entredicho legal que constituye una incapacidad de sanción y no de protección[511].

Así pues, no obstante que la capacidad es de orden público, solo quien se beneficia de tal puede alegarla. Toda vez que tales normas son dictadas en beneficio y en interés del propio incapaz y es él quien únicamente puede valerse de ellas. Salvo que se trate de la interdicción legal que por ser una incapacidad de protección puede ser opuesta por cualquiera[512].

El CC también consagra a propósito de la acción de nulidad algunas disposiciones. El artículo 1347 CC señala: "*En las obligaciones de los menores, la acción por nulidad se admite: 1º Cuando el menor no emancipado ha*

---

506 Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 303-310.

507 "*El contrato puede ser anulado: 1º Por* ***incapacidad*** *legal de las partes o de una de ellas; y 2º Por vicios del consentimiento*". (Destacado nuestro).

508 Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 342-352; Dominici, *ob. cit.*, p. 538, el incapaz es quien puede oponer la incapacidad, el reo también puede oponerla aunque no está dada en su protección.

509 Véase *infra* 8.2. de este mismo tema.

510 Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 342-352; Dominici, *ob. cit.*, p. 538, el incapaz es quien puede oponer la incapacidad, el reo también puede oponerla aunque no está dada en su protección.

511 Véase *infra* de este tema 8.2.1.

512 Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 45 y 46.

ejecutado por su cuenta un acto, sin la intervención de su legítimo representante. 2º Cuando el menor emancipado ha ejecutado por su cuenta un acto para el cual la Ley requiere la asistencia del curador. 3º Cuando no se han observado las formalidades establecidas para ciertos actos por disposiciones especiales de la Ley".

El artículo 1348 CC dispone: "*La obligación no puede atacarse por el menor que, por maquinaciones o medios dolosos ha ocultado su minoridad. La simple declaración de ser mayor hecha por el menor no basta para probar que ha obrado con dolo*".

Según esta norma, el menor, no podría impugnar por nulidad un acto de disposición sin autorización judicial, si ha ocultado su condición de menor en forma dolosa. Sin embargo, la simple declaración de que es mayor no constituye obstáculo para la impugnación. La regla "*malitia suplet aetatem*" consagrada en el art. 1.348 del CC pretende proteger a las personas que contratan con el menor, en aras de la seguridad del tráfico y en protección de la apariencia. Es de observar, que tal regla no prescinde de los principios de la incapacidad pues se requiere que la contraparte pruebe en juicio que el menor ocultó fraudulentamente su incapacidad[513]. La ley considera que un menor de edad capaz de tales maquinaciones no precisa de protección[514].

Vale citar el artículo 1349 CC que lo estudiamos a propósito del pago[515]: "*nadie puede reclamar el reembolso de lo que ha pagado a un incapaz, en virtud de una obligación que queda anulada, si no prueba que lo que ha pagado se ha convertido en provecho de tales personas*".

8.2. *Remisión a la teoría general de la capacidad*

En este punto cabe remitir a las consideraciones estudiadas en la asignatura *Derecho Civil I Personas* que hemos desarrollado en otra oportunidad, a propósito de la "teoría general de la capacidad", en cuanto a su noción (capacidad de goce y capacidad de obrar), incapacidades especiales de goce, reglas o principios en materia de capacidad, causas que afectan la capacidad de obrar, regímenes de incapaces, incapacidad natural e incapacidad de obrar, discapacidad e incapacidad de obrar[516]. A estas nos vamos a referir brevemente.

8.2.1. *Principios o reglas que rigen la capacidad vale citar:*

**Toda persona tiene capacidad de goce* pues se trata de una noción íntimamente asociada a la personalidad[517] (aunque la del ente moral está limitada por su finalidad y su naturaleza).

---

[513] Binstock, Hanna: *La Emancipación en el Derecho Venezolano*. Cuadernos del Instituto de Derecho Privado 1. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1.971, pp. 13 y 14.

[514] Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 313.

[515] Véase *supra* tema 17.6.2.5.

[516] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos ...*, pp. 19-87; Domínguez Guillén, *Derecho Civil I Personas...*, pp. 314-332; De Freitas De Gouveia, Edilia: *La noción de capacidad...*, pp. 319-345.

[517] Véase: Gordillo, *ob. cit.*, p. 20.

**La capacidad de obrar presupone la capacidad de goce, pero no viceversa.* Esto es, respecto de la persona natural pues la persona incorporal siempre tiene capacidad de obrar. Pero la persona humana si bien tiene capacidad jurídica o de goce coetánea a su nacimiento, la capacidad de obrar plena la adquiere a su mayoridad, y excepcionalmente podría perderla si incurre en una de las causas taxativas que afectan la capacidad de los adultos.

**Las normas que rigen la capacidad de goce y la capacidad de obrar son substancialmente distintas,* las primeras responden a prohibiciones no subsanables en torno a una relación jurídica particular; mientras que la incapacidad de obrar generalmente es subsanable por los respectivos regímenes de representación o asistencia que prevé al efecto la ley.

**Las normas que rigen la capacidad negocial y procesal son substancialmente distintas a las que rigen la capacidad delictual* porque ésta última depende exclusivamente del discernimiento y de la capacidad de obrar.

**Las normas que establecen la capacidad son de orden público.* Se afirma como una máxima que la materia relativa al estado y capacidad de las personas es de orden público, por su importancia y consecuencias interesa al Estado y por tal está sustraída de la autonomía de la voluntad. No puede pues por voluntad del o los interesados escapar a las *normas imperativas* relativas a la capacidad, pues las mismas son de cumplimiento obligatorio.

**Las normas que consagran la incapacidad no obstante ser de orden público, son dictadas en beneficio y protección de los propios incapaces.* Así pues, tales disposiciones existen –en principio salvo el caso de la interdicción legal– a favor de los incapaces por lo que son estos quienes pueden invocar la protección legal impuesta a su favor y no el tercero que contrató con él. Contrariamente por no responder a lo anterior, la interdicción legal puede ser alegada por cualquiera.

**Las causas que afectan la capacidad de obrar son taxativas (las incapacidades no pueden ser objeto de analogía).* En efecto, la gravedad de las consecuencias derivadas de la incapacidad, esto es la imposibilidad de actuar por sí solo o por voluntad propia, no puede quedar al libre juego de la analogía. Mal se podría pretender por ejemplo, que como la prodigalidad es causa de incapacitación relativa o inhabilitación, el vicio extremo, a saber, la "avaricia"[518] debería serlo también. O pretender absurdamente, por ejemplo, que el que no ve o el que no puede leer se asimila al débil de entendimiento. Y lo cierto es que no existe incapacidad sin texto expreso de ley que la consagre.

**La capacidad en sentido amplio depende del estado civil de la persona* en el que se ubica la "edad" que define en forma determinante la capacidad, así como otras situaciones que pudieran afectar la capacidad de obrar (matrimonio del menor).

---

518 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La avaricia: su proyección jurídica y económica.* En: Revista de Derecho Nº 8. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 451-476.

**La incapacidad de obrar es exclusiva de la persona natural pues* la persona incorporal o jurídica en estricto sentido es siempre capaz de obrar, lo es desde su inicio a diferencia del ser humano que ha de esperar a la mayoridad, la incapacidad de obrar es un *estatus* exclusivo de la persona humana o natural pues el representante del ente moral no subsana una incapacidad de obrar sino una situación de orden natural.

**La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción*, o más precisamente, *la capacidad se presume y la incapacidad debe probarse*[519], lo que deriva del citado carácter taxativo de las incapacidades y de principios básicos de derecho probatorio[520]. La capacidad se presume, por lo que quien la alega debe probarla[521], la prueba de la incapacidad será la correspondiente partida de nacimiento (menor de edad), o la respectiva sentencia de incapacitación (interdicción judicial o inhabilitación), o la respectiva sentencia penal de condenación a presidio (interdicción legal). Así como la emancipación solo precisa el acta de matrimonio.

8.2.2. *Causas que afectan la capacidad de obrar*

Estas vienen dadas por la *edad*[522], la *salud mental*[523] (puede propiciar interdicción[524] si la afección es grave o inhabilitación[525] si es leve), la condena penal a *presidio*, la *prodigalidad* y el matrimonio del menor de edad, pues da lugar al régimen de "emancipación"[526]. Las cuatro primeras tienden a suprimir o limitar la capacidad de obrar, que será subsanada por vía de la representación o asistencia, respectivamente. En tanto, que la última, a saber, el matrimonio del menor de edad, produce un aumento sustancial de su capacidad de obrar toda vez que le concede el libre gobierno de su

---

519 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 281 y 282.

520 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 41-50; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 318-321.

521 DOMINICI, *ob. cit.*, p. 535.

522 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Minoridad y mayoridad: consideraciones conceptuales*. En. Revista de Derecho Nº 33, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2010, pp. 193-219.

523 Véase: GRIMALDI DE CALDERA, Elvira y Graciela BILBAO DE ROMER: *El Enfermo Mental en Nuestro Ordenamiento Jurídico*. En: Revista de la Facultad de Derecho Nº 52, Valencia, Universidad de Carabobo, 1990, pp. 45-85; BINSTOCK, Hanna: *La Protección Civil del Enfermo Mental*. Colección monografías jurídicas Nº 18. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980.

524 Véase: JAIMES, Yolanda: *La Interdicción*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales , 3ª edic., 1999; DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: *Comentarios sobre el procedimiento de interdicción*. Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 385-417.

525 Véase: CALDERA G., Nelson E.: *Inhabilitación*. En: LEX. Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Nº 213, Maracaibo, enero-marzo 1994, pp. 107-117.

526 Véase: BINSTOCK, *La Emancipación...*; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La emancipación*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 120. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 139-285.

persona: precisará de la autorización en el ámbito negocial o de la asistencia en el sector procesal[527].

La incapacitación[528] es la incapacidad que procede a raíz de un procedimiento judicial, esto es, por sentencia. Puede ser absoluta si trae como consecuencia la privación total de la capacidad de obrar (interdicción) o puede ser relativa (inhabilitación) si solo la limita. La interdicción supone una incapacidad absoluta que se subsana mediante representación legal, y el sujeto queda sometido a *tutela*, lo que acontece ante una *afección mental grave y habitual*. Se pierde el libre gobierno de la persona. Por su parte, la incapacitación relativa o inhabilitación, puede acontecer por una *afección mental leve y habitual* o también por *prodigalidad*. Esta última supone la persona que gasta en una forma injustificada, desproporcionada y habitual su patrimonio. El sujeto queda sometido a un régimen de asistencia, a saber, la *curatela*, en función del cual tendrá que actuar asistido del curador (actuación conjunta), pero conserva el libre gobierno de la persona.

8.2.3. *Los regímenes de incapaces*[529]

Una clasificación tradicional de los regímenes de incapaces distingue entre aquellos de *menores de edad* de los de *mayores de edad*; incluyendo en el primero la patria potestad, la tutela, la colocación y la emancipación; en tanto que respecto de los *mayores de edad* en términos generales se distingue la interdicción y la inhabilitación, que da lugar a la tutela y la curatela, respectivamente.

Otra clasificación común pero más técnica se asocia a la forma en que funciona el respectivo régimen en lo atinente a la intervención o no del incapaz en el acto de que se trate. Se diferencia así entre regímenes de *representación* y regímenes de *asistencia*, cuya distinción por sí mismos evidencia el grado de gravedad de la afección o de la causa de que se trate, toda vez que, en la representación el representante se sustituye al incapaz quien no interviene en el acto de que se trate; mientras que en la asistencia el incapaz además de tener la iniciativa del acto pues decide si se ha o no

---

527 Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 59-65; Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 325-328.

528 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El procedimiento de incapacitación.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 122. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 259-401; Domínguez Guillén, María Candelaria: *La incapacitación en el Derecho Venezolano.* En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley, Argentina, Año VII, Nº 2, marzo 2015, pp. 143-168; Zambrano Franco, Flor Karina: *Las pruebas en los procesos de incapacitación.* En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 4. Caracas, 2014, pp. 107-127.

529 Véase: nuestros trabajos: *Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces.* En: Revista de Derecho Nº 11. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 273-282; *Diferencia entre incapacitación absoluta y relativa.* En: Revista de Derecho Nº 30, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 97-132; *Diferencia entre inhabilitación y emancipación.* En: Revista de Derecho Nº 31, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 13-25; *Ensayos...*, pp. 66-70; *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 328 y 329.

de realizar, actúa asistido o acompañado por el curador. La representación supone una sustitución; la asistencia una actuación conjunta[530].

"Si pudiéramos establecer en términos simples la diferencia entre representación y asistencia, diríamos que representar es sustituirse mientras que asistir es acompañar; representar es actuar por otro en tanto que asistir es actuar con el otro."[531] La representación tiene lugar cuando se asigna una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido. Él actúa por sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del incapaz, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación"[532] La *representación* supone una incapacidad absoluta, en tanto que la *asistencia* una incapacidad relativa o parcial; éstas se aprecian en materia de incapacitación precisamente al distinguir la interdicción que propicia tutela de la inhabilitación que origina curatela.

Adicionalmente en materia de menores, aplicando las ideas anteriores se distinguen los regímenes de representación (patria potestad, tutela y colocación) del único régimen permanente que implica una ampliación de la capacidad y autogobierno del menor por el sólo efecto del matrimonio, a saber, la emancipación. Esta propicia un régimen de asistencia en el ámbito procesal y de autorización en el ámbito negocial. La autorización se diferencia de la asistencia en que la primera supone la aprobación previa a la realización del acto mientras que la asistencia es simultánea a éste[533].

Lo anterior con relación a la realización de actos jurídicos, pero en el ámbito personal, algunos regímenes comprenden el sometimiento a la potestad de otro o más precisamente no se tiene el autogobierno, lo cual acontece esencialmente en los regímenes de representación. Pues efectivamente en aquellos de asistencia y autorización, el incapaz relativo suele presentar un mayor nivel de discernimiento que le permite tener el autogobierno o libre gobierno de su persona. Por lo que la asistencia o autorización se precisa generalmente para la realización de determinados actos jurídicos fundamentalmente de contenido patrimonial.

---

530 Los regímenes de representación de menores de edad son la patria potestad, la tutela y la colocación. En tanto que la emancipación es de autorización y asistencia. En los mayores, la interdicción es de representación y la inhabilitación es de asistencia.

531 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Reflexiones sobre la representación y la asistencia ...*, pp. 273 y 274; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Sent. 24-4-14, Exp. 7128, http://caracas.tsj.gob.ve/**DECISIONES/2014/**ABRIL/1320-24-7128-035.HTML.

532 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 11-10-07, Exp. KP02-S-2007-015859, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/651-11-KP02-S-2007-15859-.html.

533 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Reflexiones sobre la representación y asistencia...*, p. 273; DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 344 y 345.

8.2.4. *Incapacidad natural e incapacidad civil*[534]

La incapacidad civil deriva de la ley, en tanto que la natural de la propia naturaleza, generalmente asociada al discernimiento. Por lo que se concluye que no tiene capacidad natural quien no tiene discernimiento, esto es, la posibilidad básica de distinguir entre lo bueno y lo malo. Generalmente coinciden porque la ley se inspira en el orden natural pero en ocasiones será posible divisar casos de incapacidad natural no obstante la capacidad civil, como es el caso del demente que no ha sido declarado entredicho. Así como se aprecian casos de incapacidad civil en que se posee capacidad natural, esto es discernimiento. Por ejemplo, el adolescente o el entredicho legal.

Vale acotar que la incapacidad natural que no está referida como causa de nulidad en el artículo 1442 CC porque éste alude a la legal, bien pudiera igualmente dar lugar a la nulidad del contrato por faltar en tal caso el elemento esencial del **consentimiento** en el cocontratante carente de discernimiento. A nuestro criterio no obstante la discusión en tal caso sobre la procedencia de la nulidad o de la anulabilidad[535], nos pronunciamos por ésta última toda vez que la razón que inspira la protección del incapaz natural es sustancialmente la misma que del incapaz legal como proyección de intereses privados, por lo que la nulidad debe operar en su interés y a instancia de éste. Se alude a incapacidad natural como equivalente a incapacidad de entender y de querer, en que se tiene disminuida o aniquilada la capacidad para comprender la trascendencia de los actos que se realizan. Además del incapaz, que tiene una causa como la demencia no declarada por el Juez, se cita el supuesto del drogado, del hipnotizado, ebriedad, sonámbulo, estado de angustia, etc. Algunos citan los artículos 405 y 406 del CC relativos a la impugnación del acto del incapaz legal antes de la misma. Pero señalaba Lagrange que no obstante la carencia de norma expresa, debe llegarse a la misma conclusión de la doctrina francesa: aun cuando una persona no se encuentre entredicha por defecto intelectual grave, es posible obtener la declaratoria de nulidad relativa del contrato, si para el momento de la celebración del mismo la persona se encontraba ya en estado de defecto intelectual habitual o en otro estado psíquico, aunque fuere transitorio[536].

8.2.5. *Incapacidad de obrar y discapacidad*[537]

La discapacidad le impide o dificulta al sujeto desempeñar normalmente determinada actividad o afecta su integración plena. Puede ser física, intelectual

---

[534] Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 69-74; Domínguez Guillén, *Ensayos* ...pp. 70-74; Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I Personas*..., pp. 329 y 330.

[535] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 231.

[536] Lagrange, *Apuntes*...

[537] Véase: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel y María Candelaria Domínguez Guillén: *Aspectos generales del régimen legal de la discapacidad (especial referencia al autismo)*. Revista Nº 34. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2012, pp. 157-186; Domínguez Guillén, María Candelaria: "*La protección jurídica de los impedidos*". En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 121, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 13-68. (También en: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp. 685-739); Domínguez Guillén, María Candelaria: *La derogatoria de la inhabilitación legal.* En: Revista

o sensorial[538] y el ordenamiento jurídico[539] tiende a la protección e integración de tales personas a los fines de lograr una efectiva igualdad en tales casos[540].

El término «personas con discapacidad» significa cualquier persona imposibilitada de asegurarse total o parcialmente por sí misma las necesidades de un individuo normal y(o) una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental. "Las personas con alguna deficiencia, discapacidad o minusvalía requieren una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, su sola condición de sujeto de derecho, en ocasiones será insuficiente si el Estado y la sociedad no les brinda las oportunidades, las herramientas y el ambiente adecuado para obtener la plena realización como ser humano"[541].

Ahora bien, la incapacidad de obrar y la "discapacidad" no necesariamente coinciden porque hay discapacidades (como las físicas o sensoriales) que en modo alguno afectan la esfera de la capacidad de obrar, dada la derogatoria del artículo 410 CC (ceguera y sordomudez) que hizo la *Ley para las Personas con Discapacidad* de 2007. De lo que se deriva que la capacidad de obrar en nuestro Derecho vigente únicamente prospera en razón de discapacidad intelectual o mental[542], bien sea grave o leve, dando lugar a interdicción o inhabilitación, respectivamente. Esto por cuanto el concepto de discapacidad incluye situaciones dispares en cuanto a su gravedad[543].

De tal suerte que "discapacidad" e "incapacidad" no son términos equivalentes, aunque tampoco del todo inconexos. Así pues, la incapacidad de obrar responde según vimos a un concepto técnico dirigido a la imposibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia, en tanto que la discapacidad apunta a una dificultad de realizar determinada actividad o de integración producto de una deficiencia física, intelectual o sensorial. De lo que se deduce que la discapacidad no implica necesariamente incapacidad de ejercicio, más precisamente cabe recalcar que la discapacidad intelectual o mental

de Derecho Nº 26, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 223-249; Domínguez Guillén, María Candelaria: *La protección constitucional de los incapaces*. En: temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Colección Libros Homenaje Nº 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 609-658; Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 330-332; Flores B., Rafael Gregorio: *Protección social para las personas con discapacidad: una abordaje del régimen jurídico venezolano*, 2011, http://www.publicaciones.urbe.edu/index.php/lexlaboro/article/viewArticle/467/1142#; Pérez Gallardo, Leonardo B.: *La protección legal a los discapacitados en Cuba. Una visión de lege data y de lege ferenda*. http://www.el-observatorio.org/wp-content/uploads/2009/06/la-protección-legal-a-los-discapacitados-en-Cuba-i.pdf.

538 Véase: Ley para las Personas con Discapacidad, art. 5.

539 Véase: Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, p. 331, nota 1681.

540 Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 738 y 739.

541 Véase: *ibid.*, p. 700. Exactamente en el mismo sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent., 23-2-05, Exp. Nº S-88/05, en http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/132-25-S-88-5658.html.

542 De allí a que el CC aluda a "defecto intelectual grave" o al débil de entendimiento.

543 González Granda, Piedad: *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*. Madrid, Reus, 2009. p. 34.

es la única que podría generar una incapacitación bien sea absoluta o relativa según el grado de la misma. Las discapacidades físicas o sensoriales no propician en nuestro Derecho vigente incapacitación, por lo que mal podría pretenderse incapacitar a alguien por discapacidades distintas a la intelectual. Ello dado el carácter taxativo de las incapacidades en razón de su efecto restrictivo en la esfera de la autodeterminación del ser humano.

Vale recordar que la representación voluntaria es exclusiva de las personas capaces de obrar y por tal a ella podrán perfectamente acudir las personas con discapacidad que no estén afectadas por una incapacidad de obrar. Por lo que ha de concluirse que la discapacidad si es física o sensorial no afecta la capacidad de obrar en nuestro ordenamiento vigente y por ende no afecta la capacidad negocial y contractual. Solo la discapacidad mental puede repercutir en el ámbito negocial o contractual bien sea porque coincida con la incapacitación de obrar absoluta (interdicción judicial) o con la incapacitación de obrar relativa (inhabilitación). Así como excepcionalmente, puede acontecer que la discapacidad mental (que no haya sido objeto de incapacitación o declaración judicial) que constituye una incapacidad natural pueda ser considerada a los fines de la falta del "consentimiento" del contrato, según explicamos, no obstante la capacidad de obrar.

9. Formación[544]

9.1. *Generación o preparación del contrato*[545]

9.1.1. *Los tratos preliminares*

El elemento esencial por naturaleza y de carácter primario de todo negocio es la declaración de voluntad[546]. El Derecho simplemente pondera las voluntades declaradas que se exteriorizan a través de conductas[547]; algunas de tales declaraciones pueden ser recepticias o no[548]. "Puede decirse que

---

[544] Véase: Mélich Orsini, José: *Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 67-134; Oviedo Albán, Jorge: *La formación del contrato. Tratos preliminares, oferta, aceptación.* Bogotá, Edit. Temis/ Universidad de la Sabana, 2008; Durany Pich, Salvador: *La formación del contrato.* Barcelona. Universitat Pompeu Fabra. 1993. Tesis doctoral, http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7316/ TSDP2de4.pdf?sequence=2; Mélich Orsini, *Doctrina...,* pp. 101-142; Maduro Luyando, *ob. cit.,* pp. 487-500; Bernad Manar, *ob. cit.,* T. III, pp. 153-180; Miliani Balza, *ob. cit.,* pp. 141-171; Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 75-97; Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, pp. 29-63; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 378-409; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 387-413; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 567-597; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 64-78; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 178-427; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado, Sent. 22-10-10, Exp. 6210, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/1321-22-6210-13.HTML.

[545] Véase: Sánchez Cid, *ob. cit.*, pp. 299-302.

[546] Véase: Sánchez Jiménez, *ob. cit.*, p. 19, la declaración de voluntad es el dato firme sobre que el Derecho funciona y su eficacia y poder, sólo podrá estar limitado por la misma declaración de voluntad.

[547] O´ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p.539.

[548] *Ibid.,* p. 540, recepticia cuando se dirige a la persona a la que afecta (por ejemplo oferta en un contrato); no recepticia cuando basta con que se emita sin que deba dirigirse o conocerla otra persona (testamento).

todo contrato exige un período preparatorio"[549], se trata de una etapa que abarca desde que las partes experimentan el deseo de contratar hasta que se perfecciona la integración de voluntades. Se alude a las "fases en la vida del contrato" para denotar desde una perspectiva dinámica tres etapas: la formación o generación que incluye los tratos preliminares y el proceso de formación del contrato: la perfección y la consumación[550].

La insuficiencia de la regulación contenida en el CC relativa al proceso de formación del contrato contrasta con la importancia que tales aspectos han ido adquiriendo en la práctica[551]. Para que haya acuerdo de voluntades es necesario que cada parte manifieste a la otra su voluntad. Pero tal proceso es progresivo. La "formación instantánea del contrato" no siempre es posible y de allí que se alude a que generalmente responde a un proceso en el que la voluntad de las partes pretende encontrarse.

En una primera etapa la doctrina distingue *las negociaciones o charlas preliminares*[552]. Se alude a tratos preliminares cuando previamente a la emisión de la oferta, existe un período en el que las partes entre las que se va celebrar determinado contrato, inician conversaciones, valoran posibilidades, hacen cálculos con el fin de concretar las condiciones en la que convendría celebrar el contrato[553].

Refiere Mélich que los puros tratos o negociaciones generalmente excluyen su eficacia porque ni siquiera pueden identificarse con un momento de "formación progresiva del contrato" pues muy frecuentemente no desembocan en un contrato, pero en todo caso no puede decirse que las declaraciones de los tratos sean hechas con *animus contrahendae obligationis*[554]. Esto es, las negociaciones no tienen en principio carácter vinculante pero su ruptura intempestiva puede propiciar resarcimiento de daños[555]. Aunque se admite que si los tratantes en definitiva celebran el contrato, las declaraciones hechas en el curso de los tratos pueden suministrar al intérprete auxilio en la interpretación del contrato definitivo por lo que no son irrelevantes[556].

---

549 SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 73.

550 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 387.

551 *Ibid.*, p. 388.

552 Véase: SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 75, los tratos preliminares no constituyen contrato ni precontrato pero como relaciones humanas destinadas a un fin jurídico no son indiferentes para el Derecho, por las consecuencias que puede producir.

553 PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 568, cita sentencia STS de 11-4-00.

554 MÉLICH ORSINI, *Los tratos...*, pp. 70 y 71.

555 LAGRANGE, *Apuntes*... incluía los gastos así como el daño derivado de haber rechazado una oferta tan buena o mejor.

556 MÉLICH ORSINI, *Los tratos...*, p. 73; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 250, los tratos preliminares no son irrelevantes, pueden servir para conocer la voluntad contractual e interpretarla.

En efecto, los tratos preliminares[557] no son irrelevantes[558], pero el saber cuándo se convierten en contrato es una cuestión de hecho[559]. Los tratos preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes frente a cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución del contrato que se llegare a perfeccionar. En ellos las partes están obligadas a actuar de *buena fe* aunque no se haya perfeccionado el contrato, y tal inobservancia puede desembocar en la obligación de indemnizar daños y perjuicios[560]. De allí que se parte inclusive de la premisa de existencia de un deber precontractual de advertencia de un error esencial ajeno, pues es consecuencia de la buena fe en el marco de la solidaridad la obligación recíproca de lealtad durante los tratos preliminares y en el período de formación del contrato[561].

Se afirma que no basta que los contratantes expresen su consentimiento para que haya contrato, pues es necesario que tales voluntades se pongan de acuerdo, esto es, que tenga lugar el "encuentro de las voluntades". Para ello se requiere la oferta y la aceptación[562].

La doctrina distingue en el proceso de formación del contrato o *iter ad contractum* en sentido genérico, identificamos dos fases perfectamente individualizadas, con caracteres distintos: la fase de los contratos iniciales y de las tratativas, y la fase de formación del consentimiento[563], la cual comprende la emisión y comunicación de la oferta de la aceptación. La primera se caracteriza por su eventualidad dado que existen contratos en que no se presenta. En cambio, la segunda fase es imprescindible para reputar concluido el contrato por lo que se denomina "fase de formación del contrato" en sentido técnico[564].

9.1.2. *La responsabilidad precontractual*

Ahora bien, el contenido de la obligación de indemnizar se ciñe en todo caso a los daños producidos por la ruptura de los tratos; alcanza a los gastos que

[557] Véase: Oviedo Albán, *ob. cit.*, pp. 9 y 10, serie de tratos previos, entendidos como los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada.

[558] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 118.

[559] *Ibid.*, p. 114, muchos contratos (teléfono) es instantánea la oferta y la aceptación.

[560] Oviedo Albán, *ob. cit.*, pp. 10 y 11. Véase sobre la buena fe en la fase precontractual: Valés Duque, *ob. cit.*, pp. 92-158.

[561] De Verda y Beamonte, *ob. cit.*, p. 86.

[562] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 183 y 184.

[563] Véase: Castro Rojas, José Joaquín: *Formación del consentimiento.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 79-96; Mantilla Espinoza, Fabricio: *Sobre la formación del contrato.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/ Universidad del Rosario, 2008, pp. 79-81.

[564] Véase: Lupini Bianchi, Luciano: *El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, p. 139.

se hicieron en vistas a la celebración de un contrato determinado, siempre que sean específicos; no se extiende así a los que igualmente se hubieran tenido por el solo hecho de iniciar una negociación. No comprende, en general, la ganancia dejada de obtener[565].

Así se habla de *responsabilidad precontractual*[566] (o culpa *in contrahendo*[567]) para hacer referencia a la responsabilidad que puede surgir en la formación del contrato como consecuencia de un comportamiento que no se corresponde con la buena fe o que vulnera la lealtad debida[568]. El período precontractual adquiere una importancia fundamental no siempre bien apreciada[569]. La responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* es la responsabilidad que se genera durante el período de formación del contrato por la violación de un deber de conducta impuesto por la buena fe en sentido objetivo[570].

Según la doctrina, amén de la buena fe en la fase precontractual[571] en tal etapa han de regir como deberes secundarios la "*información*"[572], esto es, las

---

565 Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 570.

566 Véase: Lupini Bianchi, Luciano: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Comparado Moderno y en Venezuela (Tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y las patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe)*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Discursos 5, 2014; Lupini, Luciano: *la responsabilidad precontractual en Venezuela*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 149, julio-diciembre 1991, pp. 9-142; Valés Duque, Pablo: *La responsabilidad precontractual*. Madrid, Derecho Español Contemporáneo, Edit. Reus, 2012; Brebbia, Roberto H.: *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987; Oviedo-Albán, Jorge: *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. En: Universitas, Bogotá, Nº 115, enero-junio 2008, 83-116, http://www.javeriana.edu.co; García Rubio, María Paz y Marta Otero Crespo: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo*. InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Abril 2010, http://www.indret.com; García Rubio, María Paz: *La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y los Contratos*. España, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, Nº 2130, abril 2011; Meléndez García, Silvia Elizabeth: *la responsabilidad precontractual*, http://www.monografias.com ; Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, pp. 47-54; Lasarte, *Curso...*, p. 373., fundada en una suerte de responsabilidad extracontractual; Santarelli, *ob. cit.*, pp. 106-110; Vinces Zegarra, Octavio: *Voluntad y declaración ante la responsabilidad precontractual e "incontrahendo" en los códigos civiles venezolano y peruano*. http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/55/55-14.pdf.

567 Brebbia, *Responsabilidad precontractual...*, p. 42; Valés Duque, *ob. cit.*, pp. 13 y 14, expresión que vio la luz en 1861 por la obra de Rudolf von Ihering, cuya virtud fue crear sensibilidad especial por el período precontractual.

568 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 250.

569 Brebbia, *Responsabilidad precontractual...*, p. 23.

570 Valés Duque, *ob. cit.*, p. 49.

571 Ordoqui Castilla, Gustavo: *Buena fe en los contratos*. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Zavalia/Temis/Ubijus/Reus, 2011, pp. 33-44; Lupini Biachi, *La responsabilidad...*, p. 47; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 400-405; Oviedo-Albán, *ob. cit.*, pp. 89 y ss.; Meléndez García, Silvia Elizabeth: *la responsabilidad precontractual*, http://www.monografias.com; Monsalve Caballero, Vladimir: *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción*. En: Revista de Derecho Nº 30, Barranquilla July/Dec. 2008, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000200003&script=sci_arttext.

572 Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 403; Santarelli, *ob. cit.*, pp. 108 y 109; Valés Duque, *ob. cit.*, pp. 121-139; De La Maza Gazmuri, Iñigo: *Los límites del deber precontractual de información*, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, trabajo presentado para la obtención del grado de doctor, https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3190/23023_maza_i%C3%B1igo_de_la.pdf?sequence=1.

partes deben manifestar las circunstancias que se asumen importantes para el contrato; el deber de *confidencialidad* a fin de no utilizar la información[573] fuera del ámbito para el que fue confiada; el deber de *protección, conservación o custodia* en caso de mediar bienes y el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa[574]; se incluye también el deber de *transparencia o claridad* en el sentido de que se actúe con claridad, evitando lenguaje susceptible de no ser plenamente comprendido por la contraparte[575].

Se agregan los deberes de "lealtad" (mantener un comportamiento correcto)[576], "protección" en el sentido de evitar riesgos en la integridad del acreedor[577]. Para algunos los tratos previos son jurídicamente intrascendentes y de su ruptura no procede en principio responsabilidad. Sin embargo, como tal conclusión pudiera derivar en resultados injustos, se afirma como excepción el supuesto que una de las partes de buena fe, confiando en la veracidad y seriedad de los tratos, ha tenido gastos[578].

Si los precontratantes, por el hecho de la realización de las tratativas, no contraen obligación alguna de permanecer en ella, resulta evidente que el acto unilateral consistente en ponerle fin en cualquier momento no puede por sí solo generar responsabilidad aunque pudiera generar daños para el interlocutor. Es necesario más que una ruptura meramente intempestiva para que nazca la obligación de resarcir. Será menester que ese retiro u otro acto sea culposo[579].

Se discute así la posibilidad de indemnización por responsabilidad extracontractual o hecho ilícito por culpa. De allí que se admita que las conversaciones preliminares a la celebración de un contrato definitivo pueden ser fundamento de una acción de daños y perjuicios[580], basados en la responsabilidad aquiliana[581] o culpa extracontractual[582]. Pues la

---

[573] Véase: Pinto Oliveros, *La información...*, pp. 103-118; Pinto Oliveros, Sheraldine: «Breves consideraciones respecto a la información como instrumento de protección del consumidor en el comercio electrónico. Una comparación entre la perspectiva europea y la venezolana» en AA.VV., *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, 10º, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y F.I.A.D.I, Santiago de Chile, 2004, pp. 211-222.

[574] De Verda y Beamonte, *ob. cit.*, pp. 17-24, Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, pp. 39-44.

[575] Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, p. 43.

[576] Valés Duque, *ob. cit.*, pp. 151-156, incluye los ya referidos de actuar seria y consecuentemente, guardar reserva o secreto y conservación y custodia.

[577] *Ibid.*, pp. 139-151.

[578] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 543.

[579] Brebbia, *Responsabilidad precontractual...*, p. 99.

[580] CSJ/SPA, Sent. 6-11-91, J.R.G., T. 119, pp. 595 y 594.

[581] Véase: Lupini Bianchi, *La responsabilidad...*, p. 191; Meléndez García, *ob. cit.*, se deberá resolver aplicando el artículo 1969 del Código Civil peruano, que establece: *"Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".*

[582] Véase: Brebbia, *Responsabilidad precontractual...*, pp. 61-82, el autor luego de referir el fracaso u ocaso de las teorías contractuales para explicar la responsabilidad precontractual desarrolla las doctrinas extracontractuales entre las que incluye la responsabilidad aquiliana, la legal, el abuso

responsabilidad contractual supone un contrato válido y perfeccionado, lo cual no existe en la responsabilidad precontractual[583] por definición. La regla general se sitúa en la reparación del interés negativo, es decir, los gastos generados por tal comportamiento; no alcanzando los beneficios que hubiera generado el contrato no celebrado[584]. En todo caso por tratarse de una responsabilidad extracontractual cabe seguir la teoría de la causalidad adecuada a fin de fijar la extensión del resarcimiento[585].

En todo caso, el principio de la buena fe como regidor de la conducta humana en la esfera más amplia[586], rige la formación del contrato[587] en general, esto es, todo el *iter* contractual incluyendo su ejecución e interpretación. Se llega a afirmar que en la actualidad, el principio de la buena fe viene incidiendo en el mismo concepto de lo que es el contrato, inclusive en su fase previa[588], en atención a la función jurígena que desarrolla la vida del contrato[589].

Cuando se alude a "formación progresiva del contrato" se incluye un conjunto de hipótesis cada una de las que requiere de un análisis particular. Por lo que la responsabilidad precontractual puede abarcar diversos supuestos[590]. Se refiere, por ejemplo, a los casos en que existe implícita la obligación de contratar como en el caso de ofrecimientos de "servicios públicos" o en los casos de un monopolio de hecho o de derecho[591].

9.1.3. *El precontrato*

Debe diferenciarse los tratos preliminares del "precontrato". Indica Santos Briz que cuando se alude a "contrato preliminar o precontrato" se trata de un verdadero contrato que tiene por fin una mayor seguridad del contrato futuro[592]. En efecto, se indica que el precontrato diverge de los tratos

del derecho y la declaración de voluntad unilateral; VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 1, p. 261, se puede admitir la posible configuración de un concurso de ilícito precontractual e ilícito extracontractual, caracterizado por dolo en los casos más graves.

[583] BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 90; VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, p. 184, la mayoría de los juristas españoles apoya el carácter extracontractual de la responsabilidad surgida en el período anterior a la conclusión del contrato. Aunque la mayoría se refiere a la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones.

[584] LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 251; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 382.

[585] SANTARELLI, *ob. cit.*, p. 110.

[586] DE LA PUENTE y LAVALLE, *ob. cit.*, p. 275; BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. IV, pp. 233 y 234, es uno de los medios utilizados por el legislador para hacer penetrar la moral en el Derecho.

[587] Véase: ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 54.

[588] BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, pp. 91-94.

[589] ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 55.

[590] Véase: MÉLICH ORSINI, José: *Los tratos o negociaciones dirigidos...*, p. 69.

[591] BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, pp. 108-111.

[592] SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 80 y 81; TSJ/SConst., Sent. Nº 878 del 20-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML "El contrato preliminar es un verdadero contrato, que puede venir, a su vez, precedido de tratativas. Se diferencia también de los acuerdos parciales, de las minutas de contrato y de las cartas de intención, figuras que se insertan en la formación progresiva del contrato, pero que carecen de carácter contractual preliminar".

preliminares pues tradicionalmente se considera como el contrato por el cual las partes se obligan a realizar en el futuro otro contrato[593].

Se trata de un contrato anterior o preparatorio al contrato definitivo[594], esto es, un acuerdo mediante el cual las partes se obligan a realizar un futuro contrato[595]. Por ejemplo, te alquilo mi casa por tres años y me obligo en el contrato a vendértela por un precio fijado desde ahora para cuando se quiera comprar; hay algo más que una oferta, hay un verdadero contrato de opción de venta[596]. Se ha diferencia así entre precontrato de compraventa y otros contratos[597].

La idea clásica de precontrato supone un acuerdo por el que las partes se comprometen a celebrar otro contrato. Para otros denominado también "promesa de contrato", es un auténtico contrato con el que comienza un *iter* negocial complejo[598]. Se plantean aspectos especiales en algunas materias como el caso de la "opción"[599], en particular en el supuesto de la compra-venta[600].

[593] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 546, para otra teoría en el precontrato las partes sientan las líneas básicas del futuro contrato; para otros es una primera fase del *iter* contractual; Larenz, *ob. cit.*, pp. 98 y 99, es un contrato por el que ambas partes o sólo una de ellas se obligan a concluir en breve otro contrato obligatorio, el "contrato principal". Por consiguiente, el contrato fundamenta directamente un deber de concluir, otorga un derecho actual a exigir esa conclusión; González Cortes, Consuelo: *El contrato preparatorio o promesa de trabajo,* http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/56/56-10.pdf.

[594] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 405 y 406.

[595] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 594.

[596] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 129.

[597] TSJ/SConst., Sent. Nº 878 del 20-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML la sentencia a propósito de la compraventa, diferencia el precontrato o contrato preliminar, de otras figuras como *oferta firme con plazo, el pacto de prelación, venta obligatoria o de efectos obligatorios y el contrato normativo.*

[598] López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 256 y 257; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 69, la concepción tradicional lo convertiría en una categoría inútil, por lo que la construcción de De Castro se impone al considerar que el precontrato supone que la relación contractual se abre ya a las partes en el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que se reservan ambas o bien una de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor.

[599] Véase: Rodríguez Ferrara, Mauricio: *El contrato de opción.* Caracas, Livrosca, 2ª edic., 1998; Rodríguez Ferrara, Mauricio: *Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de opción.* En: Anuario Jurídico del Colegio de Abogados del Estado Mérida Nº 3, 1994, pp. 79-93; Rodríguez Ferrara, Mauricio: *Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de opción.* En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes Nº 18, 1994, pp. 47-63; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.,* pp. 410 y 411, en el contrato de opción, una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de determinado contrato; González Cortes, *ob. cit.,* "denominado opción o contrato de preferencia, en nuestro medio es muy conocido y básicamente se utiliza con frecuencia en las operaciones inmobiliarias, desde el punto de vista jurídico, la opción no es una compraventa, no es un contrato traslativo de propiedad, traslativo de derechos, la obligación, por consiguiente, en la parte que confiere la opción no es una obligación de dar, sino de hacer, y cuando la persona recibe la opción, es decir, el titular de la opción pide cumplimiento a esa obligación, es la de una obligación de hacer, es un derecho de crédito por parte del oferido y una obligación de hacer por parte del oferente".

[600] Véase: Meléndez, Vanessa y Paul Paz: *Tratamiento jurisprudencial del contrato de promesa bilateral de compra venta por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.* Maracaibo, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, 2007, trabajo especial

Pues se afirma que la promesa bilateral de compra y venta no equivale a la compraventa, sólo obliga al cumplimiento de lo pactado, pero cuando se trata de perfilar qué significa esa obligación, aparece toda la problemática del precontrato[601]. Y se aclara que poco importa la denominación dada al contrato (ya sea compraventa u opción de compraventa)[602].

Para nuestro Máximo Tribunal: "la promesa unilateral nunca puede equipararse a la compraventa, mientras la opción no se ejerza, ya que son dos contratos distintos y con características propias. Sólo cuando se ejerce la opción, se forma el contrato de compraventa en un momento posterior y por medio de la celebración de otro acto o a través de la demanda judicial de cumplimiento de contrato, para que se otorgue el correspondiente documento contentivo del negocio ya perfeccionado, por lo que el contrato de compraventa nunca existirá si el beneficiario de la promesa u opción no la ejerce, al tratarse de un derecho potestativo"[603].

Se agrega que la responsabilidad civil originada por la inejecución de contratos preliminares es contractual y no puede confundirse con la responsabilidad precontractual que es extracontractual por la interrupción injustificada de los tratos preliminares. De hecho, también respecto de un contrato preliminar puede hablarse de una fase precontractual y de unos tratos preliminares, precedentes a su conclusión[604]. Los tratos o conversaciones preliminares de un contrato se inician por una parte invitando a la otra a entrar acerca de un determinado negocio.[605]

9.2. *La oferta*

Para edificar un contrato es menester formar la oferta[606] o propuesta. En la oferta una de las partes ofrece a la otra sus condiciones para la contratación.

---

de grado para optar al título de abogado, diciembre 2014,http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-14-07924.pdf ; TSJ/SCC, Sent. Nº 000116 de 22-3-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000116-22313-2013-12-274.HTML cuando en un contrato de opción de compra-venta se encontraran presentes los elementos de consentimiento, precio y objeto, ello equivaldría a un contrato de venta; TSJ/SCC, Sent. 0217 del 30-4-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-0217-300402-00894.htm; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida , Sent. 18-7-05, Exp. http://merida.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/JULIO/962-18-8351-.HTML ; Juzgado Superior Accidental Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo , Sent. 9-4-15, Exp. 2597-08, http://trujillo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/ABRIL/1588-9-2597-08-.HTML.

601 Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 71.

602 Véase: TSJ/SCC, Sent. 000348 de 18-6-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/178658-RC.000348-18615-2015-14-728.HTML "la aludida denominación no tiene importancia, sino la voluntad de las partes plasmada en el contrato, y que en este caso es una verdadera venta; de modo pues, que al ser llamado el contrato de una u otra forma, el resultado no cambiaría, es decir, no habría modificación alguna a la suerte de la controversia".

603 TSJ/SConst., Sent. Nº 878 del 20-7-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML. Véase también: TSJ/SCC, Sent. 299 del 2-6-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/178065-RC.000299-2615-2015-14-657.HTML; TSJ/SCC, Sent. Nº 000116, 22-3-13.

604 Lupini Biachi, *La responsabilidad...*, p. 169.

605 Valés Duque, *ob. cit.*, p. 53.

606 Santarelli, *ob. cit.*, p. 86.

Se refiere a una proposición o declaración unilateral de voluntad[607] en la que el oferente propone al destinatario su deseo de contratar[608].

La oferta no da lugar a la obligación de contratar pues precisa la aceptación de la otra parte, pero consiste en una declaración de voluntad emitida "con la intención de obligarse"[609]. Ciertamente, ya no se está en el terreno de las tratativas[610] cuando se emite una oferta o propuesta, en efecto entramos en la fase de formación del contrato en el sentido técnico[611]. «La oferta es un primer paso para contratar pero aún no se ha formado el contrato porque hace falta que a la manifestación del consentimiento por parte del oferente, se sume la aceptación del destinatario de la oferta"[612].

Ahora, ¿Cuál es el valor de la oferta antes de la aceptación? Oferta es el acto por el cual una persona confiere a otra el poder de crear un contrato[613]. La oferta se presenta como el proyecto de contrato que una persona formula a otra, o más precisamente, la invitación a celebrar un contrato[614].

La oferta precisa de ciertos requisitos[615]: ser *precisa* y *completa, inequívoca*[616], *firme*[617], *determinada,* con la intención de obligarse y comunicada al destinatario[618]. Brebbia alude a que la oferta ha de ser completa (autosuficiente), (autovinculante) y dirigida a persona determinada[619].

---

[607] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 49.

[608] Véase: Lagrange, *Apuntes*... "la oferta es una expresión de una voluntad que si llega a entrecruzarse con la aceptación forma el contrato". Pero ella misma no pasa de ser una declaración unilateral.

[609] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 251; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 186-196.

[610] Véase: Brebbia, *Responsabilidad precontractual*..., p. 98, las tratativas no persiguen de manera inmediata la producción de efectos jurídicos sino que constituyen simples prolegómenos a la concertación de un negocio que de concretarse constituirá un resultado eventual y mediato de tales conversaciones.

[611] Lupini Biachi, *La responsabilidad...,* p. 175.

[612] Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-1-07, Exp. AP21-L-2005-002670, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/ENERO/2044-15-AP21-L-2005-002670-.HTML.

[613] Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 281; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 22-10-10, Exp. 6210, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2010/octubre/1321-22-6210-13.html; Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-1-07, Exp. AP21-L-2005-002670, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/ENERO/2044-15-AP21-L-2005-002670-.HTML).

[614] Oviedo Albán, *ob. cit.*, p. 36.

[615] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 571.

[616] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 390, completa pues debe contener todos los elementos del contrato propuesto a fin de que sea suficiente la simple aceptación adhesiva. E inequívoca en el sentido de no suscitar duda alguna sobre el propósito serio de contratar y evitar la posibilidad de varias interpretaciones.

[617] Véase: O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p 544, en el sentido de contener todos los elementos del contrato (objeto y causa) de forma definitiva sin necesidad de detalles posteriores, de modo tal que el destinatario se limite a aceptar y queda perfeccionado el contrato.

[618] Véase: Oviedo Albán, *ob. cit.*, pp. 36-61.

[619] Brebbia, *Responsabilidad precontractual*..., p. 117.

Todo ello porque la oferta debe bastarse a sí misma, de manera que el contrato se concrete con la sola aceptación o simple "*sí*" del destinatario. La oferta debe contener todos los extremos necesarios para el futuro contrato al margen de la libertad de formas[620]. Lo contrario supondría simplemente la posibilidad o invitación de entrar en conversaciones o negociaciones a los efectos de un posible contrato[621].

En cuanto a los ***efectos*** de la oferta, vale indicar que ello se plantea cuando no le sigue inmediatamente la aceptación. Indica el artículo 1137 CC que la oferta no es obligatoria en el sentido de que el oferente puede revocarla mientras el contrato no haya sido celebrado (mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento[622]). La oferta no es obligatoria en el sentido de que puede dirigirse a más de una persona, en cuyo caso deberá hacerse la advertencia a los destinatarios que valdrá la aceptación que llegue primero. Finalmente, la propuesta de oferta caduca por la muerte o incapacidad del oferente. Según veremos debe distinguirse la oferta con plazo (art. 1137 CC); la oferta al público, promesa unilateral al público u oferta pública de recompensa (CC, 1139).

Se diferencia la oferta a su vez de la "promesa de contratar", por la cual el oferente queda de una vez obligado. Así en la promesa de contrato implica la obligación de suscribir el contrato definitivo. Por lo tanto, la obligación que pesa sobre el deudor en virtud de una promesa de contrato es mucho más severa que la de que se deriva de un contrato de negociación. Según que la obligación de concluir el contrato definitivo recaiga sobre las dos partes del precontrato o sobre una sola, habrá promesa sinalagmática de contrato o promesa unilateral de contrato[623].

9.3. *La aceptación*

"La oferta por sí sola no da lugar a la obligación de contratar, pues requiere la aceptación de la otra parte y la comunicación de esa aceptación por parte del destinatario al oferente"[624]. La aceptación es el acto mediante el cual se ejercita ese poder que deriva de la oferta[625]. Es también una declaración unilateral de voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta[626].

La aceptación constituye una manifestación de voluntad encaminada a convenir con la oferta, conducentes ambas a la celebración del acto

[620] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 385, si la oferta establece de antemano que se está de acuerdo con que el eventual aceptante diga dentro de ciertos límites no hay necesidad de nueva conformidad y tal oferta vale por sí misma; Lasarte, *Curso...*, p. 371, debe contener todos los elementos necesarios para que con la mera aceptación se perfeccione el contrato.

[621] Lagrange, *Apuntes...*

[622] Lupini Biachi, *La responsabilidad...*, p. 176.

[623] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 228 y 229.

[624] TSJ/SCC, Sent. 279 del 31-5-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC-0279-310502-01332.HTM.

[625] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 121.

[626] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 50.

convencional[627]. Por lo que la nota fundamental de la aceptación es que es la declaración que conlleva a la perfección del contrato[628]. "El contrato tiene su génesis en un acuerdo de voluntades"[629].

El contrato se forma por el concurso de la oferta y la aceptación que viene a constituir el requisito del consentimiento exigido. Oferta y aceptación son declaraciones de voluntad unilaterales cuya integración determina la perfección del contrato y la existencia de éste a la vida jurídica[630]. La concurrencia de la oferta y la aceptación provoca la perfección del contrato. Se entiende por perfección[631] del contrato la cualidad que produce la vinculación de las partes a la relación jurídica creando la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad del mismo y normalmente el nacimiento de su eficacia típica[632].

Mientras la oferta no ha sido aceptada el contrato no existe. La oferta, en principio, mientras no sea aceptada no obliga al policitante en caso de oferta simple[633]. De allí que se aluda a la "vida útil" de la oferta no aceptada. Se habla inclusive de la "fragilidad" o vida autónoma de la declaración de voluntad que contiene la oferta, que requiere individualizar sus efectos, la preservación de su contenido[634].

La aceptación, por su parte, es el encuentro de dos voluntades[635]. El contrato se perfecciona cuando coinciden la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa[636]. Para que la aceptación sea eficaz ha de coincidir con el contenido de la oferta; sin fisuras, a fin de que integren el consentimiento contractual. Pues si se modifica la oferta, se está en presencia de una contraoferta y no de una aceptación[637]. El Código Civil parte de la idea de que una vez que la oferta es firme o que el contrato es perfecto, las partes en principio no pueden alterar esa oferta ni dicho contrato[638].

---

[627] Oviedo Albán, *ob. cit.*, p. 89; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 403, supone la conformidad con la oferta; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 196-203.

[628] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 575.

[629] Juzgado Segundo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 18-2-10, Exp. 2692-09, http://miranda.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/FEBRERO/1011-18-2.692-09-.HTML.

[630] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 567.

[631] Véase sobre "perfección en los contratos": Lalaguna Domínguez, *ob. cit.*, 2003, pp. 105-142.

[632] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 577.

[633] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 122.

[634] Santarelli, *ob. cit.*, p. 91.

[635] *Ibid.*, p. 134.

[636] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 249.

[637] *Ibid.*, p. 253; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 383 y 403, si la oferta no es aceptada íntegramente, y aquel a quien se dirige le introduce modificaciones nos encontramos antes una segunda oferta. El oferente ha pasado a serlo aquel a quien esa primera iba dirigida.

[638] Planchart Pocaterra, Pedro Luis: *Los contratos a precio fijo y algunos otros aspectos en el negocio inmobiliario.* En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, p. 291.

Aclara Lagrange que la aceptación es necesaria pero no suficiente. Se deriva del propio artículo 1137 CC que para que quede conformado el contrato es necesario que el autor de la oferta conozca la aceptación de la otra parte. Pues en efecto, *el contrato se forma cuando el autor de la oferta toma conocimiento de la aceptación por parte del destinatario*. La aceptación ha de ser pura y simple porque de lo contrario vale como contraoferta y debe ser hecha en forma oportuna. De conformidad con el artículo 1137 CC la aceptación puede ser revocada válidamente antes de que haya llegado al conocimiento del destinatario, esto es, al autor de la oferta. Al igual que la oferta, la aceptación caduca por la muerte o incapacidad del aceptante[639].

Las dos declaraciones de voluntad se precisan cambiar recíprocamente. La propuesta a la que no siga la aceptación queda en mera tentativa de contrato[640]. El contrato supone el encuentro de dos voluntades, y ello no es sino el producto de la consonancia entre la "oferta" y la "aceptación".

A propósito de la forma de la aceptación se indica que aquella frase de "el que calla otorga no es cierto, pues realmente el que calla ni afirma ni niega"[641]. Por lo que mal podría pretenderse una suerte de aceptación tácita derivada del silencio[642]. Para darle un sentido positivo al silencio debe existir una cláusula contractual expresa o una norma legal que así lo imponga[643]. Tal es el caso de del artículo 1364 CC en materia de reconocimiento de un instrumento privado o la tácita reconducción en materia de arrendamiento de conformidad con el artículo 1600 del CC[644].

La aceptación no se perfecciona si no llega a conocimiento del oferente o han cambiado las circunstancias bajo las que se emitió[645]. Puede suceder que entre comerciantes que mantienen relaciones de pedidos continuas y reiteradas, sea necesario que uno de ellos manifieste la necesidad de terminar, dándose así una carga de hablar[646]. Un caso que la propia ley permite de aceptación tácita es el del 1138 CC de la oferta con ejecución previa, en

---

639 LAGRANGE, *Apuntes...*

640 MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 103.

641 *Ibid.*, p. 113; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 449; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 540, sin embargo, el silencio puede originar efectos jurídicos, cuando vengan impuestos por ley, por usos o pactos.

642 Véase en sentido contrario: LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 253, la aceptación puede realizarse en forma expresa o tácita, incluso a través del silencio cuando éste valga como declaración a no ser que por ley o por disposición de la partes se requiera una forma especial.

643 BORDA, Alejandro: *La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad.* En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, p. 89.

644 LAGRANGE, Apuntes... Tampoco tiene sentido realizar algo bajo protesta porque ésta contra el hecho no vale "*protestatio contra factum non valet";* COLOMBO CAMPBELL, Juan: *Los actos procesales.* Edit. Jurídica de Chile, 1997, T. I, p..202, http://books.google.co.ve/books?isbn=9561011530" La protesta no puede estar en contradicción con el hecho que se ejecuta".

645 ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 405.

646 LAGRANGE, *Apuntes...*

la cual la voluntad de aceptar es manifestada de una manera tácita, por el hecho de que el destinatario de la oferta comienza a ejecutar el contrato[647]. De manera que la afirmación relativa a que el consentimiento puede consistir en palabras o hechos[648], debe ser aclarada en el sentido de que ocurrirá solo en aquellos casos en que tales hechos constituyan manifestación inequívoca de la voluntad pues no puede derivarse del silencio, salvo que ello sea expresamente previsto por la ley.

Se aprecia así que oferta y aceptación constituyen actos que demandan negociaciones y tratativas que han de madurar conforme a los elementos esenciales que el contrato en vistas requiere, en otras, teniendo ya en claro lo que pretenden recurren a ofertar y/o contraofertar directamente. Frente a la oferta, cabe la aceptación, o su rechazo; en el primer caso se ha formado el consentimiento; en el segundo, si no contiene una reformulación –contraoferta– el proceso negocial concluye; si media contraoferta, la dinámica vuelve a recrearse[649].

Vale indicar el importante papel que ha de desempeñar el abogado en las diferentes fases de la negociación a los fines de llegar a la redacción final del contrato. Mostrando sus habilidades para negociar, superando al abogado tradicional que era el litigante por antonomasia[650]. Para lograr un buen contrato que constituya una pieza de música en la que no haya notas discordantes que malogren el conjunto[651].

9.4. *Clases de oferta*

Se distingue entre oferta privada o determinada de la oferta pública o indeterminada; la policitación es una invitación a ofertar[652]. La oferta también puede ser perfecta e imperfecta, según reúna o no requisitos y detalles. Los efectos de la oferta se aprecian en los arts. 1137 y 1138 CC.

Art. 1137: "*El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte. La aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por ésta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio. El autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía y considerar el contrato como perfecto siempre que él lo haga saber inmediatamente a la otra parte. El autor de la oferta puede revocarla mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento.*

---

[647] Lagrange, *Apuntes...*

[648] Dominici, *ob. cit.*, p. 534.

[649] Santarelli, *ob. cit.*, p. 87.

[650] Arias-Schreiber Pezet, Max: *La técnica contractual.* En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 113-128.

[651] *Ibid.,* p. 128.

[652] Véase: Oviedo Albán, *ob. cit.*, pp. 61-73; Santarelli, *ob. cit.*, pp. 93 y 94, la invitación a ofertar es la solicitud hecha a varias personas para que se hagan oferentes de un contrato; no requiere ser completa. Carece de carácter vinculante a quien la efectúa, reservándose el derecho de rechazarlas. Por lo que se debe aceptar alguna de las ofertas para que se concrete el contrato.

La aceptación puede ser revocada entre tanto que ella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta. Si el autor de la oferta se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo, o si esta obligación resulta de la naturaleza del negocio, la revocación antes de la expiración del plazo no es obstáculo para la formación del contrato. La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa en la imposibilidad de conocerla. Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta"[653]. En materia mercantil existen normas especiales consagradas en el Código de Comercio[654].

Prevé el artículo 1139 CC: "*Quien promete públicamente remunerar una prestación o un hecho, no puede revocar la promesa después que la prestación o el hecho se han cumplido. La revocación hecha con anterioridad debe fundarse en una justa causa y hacerse pública en la misma forma que la promesa, o en una forma equivalente. En este caso, el autor de la revocación está obligado a reembolsar los gastos hechos por aquéllos que, de buena fe y antes de la publicación de la revocación, han comenzado a ejecutar la prestación o el hecho, pero sin que la suma total a reembolsar pueda exceder del montante de la remuneración prometida. La acción por reembolso de los gastos prescribe a los seis meses de la publicación de la revocación*"[655].

La oferta *simple sin plazo* puede ser revocada antes de la aceptación. De ella se distingue, la oferta *simple con plazo* que precisa respetar éste a los efectos de la aceptación. La oferta con plazo o plazo de opción supone que se venza el plazo; dentro del cual queda perfeccionado si se acepta[656]. La oferta con plazo implica por lo tanto una renuncia al derecho de revocarla mientras el plazo este en curso. La oferta es de alguna manera vinculante por voluntad del propio oferente por toda la duración del término que el mismo ha fijado. Esta oferta no puede ser dirigida a más de un destinatario salvo que se trate de un contrato en serie. La revocación en la oferta con plazo es inútil. Algunos ven el fundamento en una suerte de antecontrato; otra teoría es la responsabilidad por hecho ilícito y una tercera teoría se asocia a la promesa unilateral (la incapacidad o la muerte del oferente no le quita validez a menos que la naturaleza del negocio lo excluya). El efecto obligatorio de la declaración de voluntad del oferente es un efecto limitado, consistente sencillamente en el mantenimiento de la oferta durante el tiempo que el mismo ha señalado[657].

---

[653] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 93-177.

[654] Véase: C.Comercio, arts. 111 al 115.

[655] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 193-210.

[656] MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 125.

[657] LAGRANGE, *Apuntes...*

Fundamento de la obligatoriedad de la oferta simple: Se puede ubicar su fundamento entre otras en la teoría del hecho ilícito/del antecontrato/ manifestación unilateral de voluntad/teoría de la seguridad social. Se distingue también la oferta directa o expresa y oferta indirecta. Según la determinación del destinatario puede ser a *persona indeterminada* (no es dirigida a alguien en particular) que no se puede revocar después de que la prestación se ha cumplido y antes de esta solo se puede revocar por justa causa, pudiendo existir indemnización por daños y perjuicios.

La oferta simple se distingue de la *invitación a ofrecer, de la oferta al público* y de la *oferta pública de recompensa* (CC, art. 1139).

La *invitación a ofrecer* es una solicitud hecha por un eventual futuro contratante a un cierto grupo de personas para que se hagan oferentes suyos[658]. Constituye una invitación hecha a personas indeterminadas para que enumeren las condiciones de un contrato futuro a celebrarse con el oferente (comunes en los contratos de obra y de suministro y de avisos de profesionales en la prensa). No tiene efectos vinculantes[659].

La *oferta al público* puede ir dirigida al público, a la generalidad de las personas, a persona incierta. La persona del destinatario es indeterminada. Y se afirma con razón que al no existir destinatario específico no existe verdadera oferta[660]. Un ejemplo es la de productos por aparato automático[661] o la puesta en una vidriera con ciertos objetos de precio marcado[662]. A veces sucede que esa oferta puede no vincular ante ciertas circunstancias. Por ejemplo, la expresión "se reserva el derecho de admisión" supone la posibilidad de contratar o no contratar, si es el caso, ante conductas o maneras inadecuadas. Eso supone la posibilidad del autor de la oferta de no contratar. En Francia existe jurisprudencia que impone la obligación de reparar cuando el rehusar no se apoye en una razón atendible. Encontrando así aplicación la teoría del abuso de derecho. La oferta al público es vinculante y tiene lugar generalmente por medio de publicidad. Se diferencia de la invitación a ofrecer porque ésta supone una solicitud a varias personas para que sean oferentes de un determinado contrato, a fin de escoger la oferta que más convenga; es lo que se utiliza en el concepto de subasta o remate público[663].

---

658 Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 130.

659 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 491.

660 Brebbia, *Responsabilidad precontractual...*, p. 102.

661 Véase: *ibid.*, pp. 105 y 106, esta forma de contratación contemporánea es más que una simple invitación a ofertar pues el contrato se perfecciona cuando el usuario inserta el costo en el aparato. Se trata de una promesa al púbico de carácter vinculante.

662 Véase: *ibid*, pp. 103 y 104, considera que no constituyen verdaderas ofertas sino simplemente invitaciones a negociar.

663 Lagrange, *Apuntes...*

Por su parte, la *oferta pública de recompensa*[664] es distinta de la "oferta al público"[665], que sólo tienen en común la indeterminación del beneficiario pero que configura una negocio jurídico unilateral perfecto y vinculante según Mélich[666]. La promesa de recompensa hecha a una persona no determinada por un servicio que habrá de prestar se justifica acudiendo al compromiso unilateral de voluntad pues el autor no puede revocarla sin previo aviso y de una manera intempestiva[667]. Se acota sin embargo, que la obligación se concreta cuando media la voluntad de la otra parte, por lo que se duda de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

La oferta unilateral al público u oferta pública de recompensa está regulada en el artículo 1139 CC[668]. Existe promesa de recompensa cuando por un medio público de divulgación se ofrece un premio a quien cumpla una determinada acción o se encuentre en determinada situación debidamente individualizada[669]. Supone una prestación que ha de pagarse a quien demuestre cierta prestación o situación. Por ejemplo, la entrega de un perro extraviado. Su naturaleza pretende explicarse por la promesa unilateral. Pero si los efectos o fuerza obligatoria acontecen con la voluntad del destinatario hay que concluir que la fuente obligatoria es el contrato. La norma señala que no se puede revocar después de cumplida la prestación. Y antes debe hacerse públicamente de la misma forma que la anterior, debiendo reembolsarse los gastos que han comenzado a ejecutar los terceros de buena fe con anterioridad a la revocatoria de la misma. La prescripción para estos últimos es muy breve (6 meses) de conformidad con el citado artículo 1139 del CC.

Prevé el artículo 1138 CC: "*Si a solicitud de quien hace la oferta, o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución por el aceptante debe preceder a la respuesta, el contrato se forma en el momento y en el lugar en que la ejecución se ha comenzado. Todos los acreedores solidarios pueden aprovecharse de la negativa del deudor a prestar el juramento deferido por uno de ellos. El juramento deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor, no lo liberta*

[664] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 491 y 492.

[665] Véase: Forno Flores, Hugo: *La oferta al público: razones para un discrepancia...*

[666] Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 131 y 132.

[667] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 76.

[668] Véase: Lupini Biachi, *La responsabilidad...*, pp. 181 y 182, señala que se trata de un negocio jurídico unilateral que se perfecciona por el solo hecho de hacerse pública la manifestación del oferente.

[669] Brebbia, *Responsabilidad precontractual...*, p. 140; Moroni, Carlos Eduardo: *La promesa al público*. Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1990, pp. 77 y 78, diferencia la promesa al público de la oferta pública, siendo la primera en el Derecho italiano un negocio unilateral vinculante independiente de la aceptación. La oferta al público precisa de la aceptación de quien convenga pues está momentáneamente indeterminada. La promesa es fuente de obligaciones en tanto que la oferta es simplemente un elemento de eventual contrato.

sino por la parte correspondiente a ese acreedor. El comienzo de ejecución debe ser comunicado inmediatamente a la otra parte"[670].

El artículo 1138 CC distingue la oferta con ejecución previa a la respuesta de aceptación. Fue introducida en la Reforma del CC de 1942 tomada del Proyecto Franco Italiano de la Obligaciones[671]. Se aprecia decisión judicial que refiere que el supuesto de dicha norma debe ser alegado y probado, porque de lo contrario rige la oferta simple prevista en el artículo 1137 CC: "como no fue alegado ni demostrado en autos que a la solicitud de quien hizo la oferta, o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución por el aceptante debía preceder a la respuesta, no se podría entender que el contrato se formó en el momento y en el lugar en que la ejecución comenzara de conformidad con el contenido del art. 1.138 del Código Civil"[672].

Y finalmente, se alude la oferta *hecha a persona determinada* que es el supuesto normal[673]. Se agrega que la oferta se extingue no solo cuando es rechazada o revocada sino también cuando pasa el plazo o las circunstancias a que se limitó, según los usos o naturaleza del asunto de que se trate[674].

Cabe finalmente referir la Ley sobre Mensaje de Datos y firma electrónica que establece a propósito de la "Oferta y Aceptación en los Contratos" en su artículo 15: "*En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos*"[675].

Recordemos que se ha indicado que el correo electrónico recibe el mismo tratamiento que el instrumento privado, por lo que tiene valor probatorio si

---

[670] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 179-191.

[671] Lagrange, *Apuntes...*

[672] Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-1-07, Exp. AP21-L-2005-002670, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/ENERO/2044-15-AP21-L-2005-002670-.HTML "Lo anterior significa que para perfeccionarse el contrato de trabajo ofrecido por OC se requería la aceptación expresa, cierta e inequívoca del oferido... pues conforme al primer párrafo del art. 1.137 del Código Civil, el contrato se formó tan pronto como el autor de la oferta y a la vez destinatario de la aceptación tuvo conocimiento de la aceptación de la otra parte que en el caso concreto fue en el extranjero...".

[673] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 492. Véase: C.Comercio, arts. 110 y 111, reglas especiales en materia de oferta.

[674] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 388.

[675] GO 37.148 de 28-2-01. Véase "*Verificación de la Emisión del Mensaje de Datos*", arts. 9-14; Reglamento GO 38.086 de 14-12-04; Rondón García, Andrea Isabel: *Comentarios generales al Decreto-Ley de mensaje de datos y firmas electrónicas de la República Bolivariana de Venezuela*, En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 123. Caracas, UCV, 2002, pp. 151-179, http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/123/rucv_2002_123_151-182.pdf Áreas Ferrer, María Inés: *La Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica. Comentarios a la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2008*. Frónesis v.15 n.3 Caracas dic. 2008, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-62682008000300012&script=sci_arttext ; Odreman Ordozgoitty, Gregory: *Eficacia probatoria del mensaje de datos y de la firma electrónica según la nueva ley de mensaje de datos y firmas electrónicas.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2003, http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ1352.pdf; *Comentarios al Reglamento de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas*, http://www.badellgrau.com/?pag=22&ct=39.

no es desconocido o impugnado[676]. No obstante respecto de notificaciones electrónicas se ha negado su validez procesal en aras de preservar el derecho a la defensa, si no se cuenta con la suscripción a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica[677]. Se alude a la contratación electrónica civil, como aquella distinta a la de contenido comercial que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene o puede tener, una incidencia directa sobre el desarrollo de la voluntad del acuerdo. La misma se regula por las normas contenidas en el Código Civil sobre el perfeccionamiento del contrato[678], toda vez que la contratación electrónica constituye simplemente una nueva modalidad para la formación del consentimiento[679].

9.5. *Perfeccionamiento del contrato*

La aceptación es la declaración o manifestación de voluntad por la que el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con la misma, produciendo la perfección del contrato. Debe tratarse de una conformidad pura y simple en todos los términos pues cualquier variación implicará una nueva oferta o contraoferta[680]. La aceptación debe ser libre, pura y simple, debe ser manifestada al oferente para que se perfeccione efectivamente el contrato.

El artículo 1137 del CC luego de referirse a la posibilidad de revocar la oferta mientras no haya llegado al destinatario, agrega en forma equivalente: "*La aceptación puede ser revocada entre tanto que ella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta*". Esto pues vale recordar a tenor de la misma norma, que el contrato se perfecciona *cuando el autor de la oferta toma conocimiento de la aceptación por parte del destinatario*.

De tal suerte, que la aceptación, al igual que la oferta, también puede ser revocada mientras no haya llegado al conocimiento del autor o destinatario. En la legislación argentina que también permite retractarse de la aceptación mientras no haya llegado a conocimiento del proponente, se ha criticado la

---

[676] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000460 de 5-10-11, el correo electrónico vale documento privado o fotocopia, esto es, debe ser impugnado si se opone; Jedlicka Zapata, Pedro Alberto: *Promoción, evaluación y valoración de mensajes de datos como medios de prueba.* En: III Jornadas Aníbal Dominici. Derecho Probatorio. Homenaje Dr. Ricardo Henríquez La Roche. Coord. José G. Salaverría. Caracas, Funeda, 2011, pp. 121-163; Velandia Ponce, Rómulo: *El documento electrónico: y sus dificultades probatorias.* Caracas, Álvaro Nora, 2015; Velandia Ponce, Rómulo: *El documento electrónico*: *y sus dificultades probatorias*. (Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en Ciencias, mención Derecho). Caracas, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas , junio 2011, http://**saber**.**ucv**.ve/.../T026800005061-0-T026800004794-0-TESIS_DEFINIT.

[677] Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-2-13, Exp. AP21-O-2012-00173, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/FEBRERO/2047-15-AP21-O-2012-00173-.HTML se cita la providencia Administrativa Nº 004-10 del 12 de Marzo de 2010.

[678] Chacón Goméz, *Contratación*..., pp. 209 y 210.

[679] Rincón Cárdenas, *ob. cit.*, p. 874, se consideran perfectamente válidos de acuerdo a la normativa establecida en el Código Civil o de ser el caso en el Código de Comercio.

[680] O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 544; Santarelli, *ob. cit.*, p. 94.

facultad de arrepentimiento del aceptante por no guardar igualdad con el oferente, ya que el tráfico contractual requiere la mayor solidez posible[681].

Vale recordar que el Código sustantivo agrega: "*La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa en la imposibilidad de conocerla*".

Recordemos que el supuesto pudiera extenderse a la contratación electrónica civil que no obstante la ley especial, continuaría rigiéndose por las normas relativas al "perfeccionamiento del contrato" del Código sustantivo[682]. La doctrina extranjera refiere en sentido semejante que en materia de contratación electrónica los criterios aplicables para la revocación de la oferta habrán de fundamentarse en las normas civiles y mercantiles aplicables por aplicación del principio de no alteración del Derecho Preexistente de obligaciones y contratos. Pero también habrá que atender a la legislación especial de protección al consumidor[683]. La aceptación al igual que la oferta por medios electrónicos se considera igualmente admisible, sin exigencia de formalidad específica para su manifestación[684], aun cuando el aspecto álgido estaría en la presunción de llegada[685]. La tendencia en materia de contratación electrónica según la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico apunta hacia la exigencia del acuse de recibo como garantía de la llegada del mensaje de datos[686].

9.6. *Perfeccionamiento del contrato entre personas distantes*[687]

Cuando el contrato se celebra entre personas que no coinciden temporalmente surge la necesidad de fijar ciertas circunstancias. Como por ejemplo, por teléfono[688] o por vía electrónica. Por ejemplo, para determinar

---

681 Véase: Santarelli, *ob. cit.*, pp. 96 97.

682 Chacón Gómez, *Contratación*..., pp. 209 y 210.

683 Arias de Rincón, María Inés: *La formación y perfección del contrato por internet*. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 29, Nº 1, 2002, pp. 111-126, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650256.pdf, p. 117.

684 *Ibid.,* p. 118.

685 *Ibid.*, p. 124, señala la autora el mensaje de datos enviado se considera que ha llegado cuando entra al sistema de información designado. Y ha sido conocido por el destinatario cuando además de haber llegado a su sistema de información, este ha tomado conocimiento del contenido. Por lo general se establecen presunciones de conocimiento pues no debe depender del destinatario conocer o no el contenido del mensaje de datos. Puede existir acuerdo previo sobre el acuse de recibo de la aceptación, en cuyo caso el momento en que se perfecciona el contrato varía.

686 *Ibid.,* p. 125.

687 Véase: Rodríguez Ferrara, Mauricio: *Breves consideraciones acerca del momento exacto del perfeccionamiento del contrato en personas distantes*. En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes Nº 14, 1985-86, pp. 121-131 (en lo sucesivo al referirnos al autor será a su obra "*Obligaciones*"); O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 544 y 545; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 394-397; Santarelli, *ob. cit.*, p. 95; Lagrange, *Apuntes*...; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 495-500.

688 Lagrange, *Apuntes*..., puede plantear problemas en cuanto al lugar de la formación del contrato. Debe considerarse formado en el lugar donde se encontraba el proponente o autor de la oferta al momento al momento de la aceptación. Podría acontecer naturalmente un problema de prueba.

cuando son exigibles obligaciones, corre la prescripción o caducidad, la ley aplicable, etc.

Al efecto se dan cuatro posibilidades para precisar el momento en que se considera perfeccionado el contrato[689]:

1. *Sistema de la manifestación o declaración:* Al momento de la manifestación de la aceptación.

2. *Sistema de la información o conocimiento*: El contrato se forma al momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.

3. *Sistema de la recepción*: El contrato se forma al momento de la recepción del oferente de la aceptación de la otra parte.

4. *Sistema de la expedición o emisión*: El contrato se forma cuando el aceptante envía la manifestación de aceptación aunque no haya llegado al oferente.

Los sistemas doctrinarios apuntan en dos direcciones, a saber, la *coexistencia de voluntades* y por otra parte la *concurrencia de voluntades*, siendo ambos sistemas igualmente criticados, llegando los diversos códigos sustantivos a soluciones mixtas. El interés en la elección del sistema puede ser importante desde el punto de vista del momento y del lugar de la formación del contrato.

La solución de nuestro Código Civil se ubica en los ya referidos artículos 1137, 1138 y 1139, que según refiere la doctrina acoge un sistema *mixto*[690]. De tal suerte, que el contrato se forma cuando el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte (CC, 1137) pero la norma más adelante establece una presunción *iuris tantum* de conocimiento o recepción de la manifestación de voluntad. El destinatario tendrá la carga de la prueba que a pesar de haber llegado la declaración a su dirección se hallaba sin su culpa en la imposibilidad de conocerla. En defecto de esa doble prueba el momento de la llegada de la aceptación marca el momento en que el contrato se forma. Según el propio artículo 1137 CC el autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía siempre que se lo haga saber a la otra parte.

---

689 MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 496.

690 LUPINI BIACHI, *La responsabilidad...*, p. 177, nuestro legislador soluciona el problema de la formación del contrato acogiendo el sistema de la información efectiva, descartando la teoría de la coexistencia de voluntades. No obstante, introduce algunos matices al establecer una presunción *iuris tantum* de conocimiento, a partir del momento en que la aceptación llega a la dirección del oferente (al igual que acontece con la oferta).

10. Validez (inexistencia y nulidad)[691]

10.1. *Noción*

Mélich Orsini refiere que la noción de invalidez suele asociarse con ineficacia[692]. La validez resulta del reflejo del deber ser. Hasta 1942 se seguía el modelo del Código Civil italiano de 1865 y del Código Civil Napoleón que enunciaba como requisito de validez de contratos la capacidad, el consentimiento, objeto y causa lícita. Pero el CC de 1942 copió el Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones, reviviendo la vieja teoría clásica que distingue entre inexistencia y nulidad[693]. Para algunos el acto inexistente[694] se asimila a la nada y por ello el CC no se ocupa de él, como sí lo hace de la nulidad[695].

La doctrina española, por ejemplo, ha llegado a cierto consenso sobre los grados de invalidez o ineficacia, distinguiendo entre la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la rescisión[696], dentro de las anomalías contractuales[697]. En tanto que la doctrina italiana alude a la "patología" del negocio jurídico para incluir a la nulidad, inexistencia e ineficacia[698]. Y así la doctrina extranjera señala que conceptualmente la noción de inexistencia y nulidad constituyen categorías lógicas distintas[699], no obstante que la tesis dominante uruguaya niega relevancia a la categoría de la inexistencia ya que la asimila a la nulidad absoluta o asigna las mismas consecuencias a ambas[700]. De hecho quien parece admitir la inexistencia duda de su utilidad

---

691 Véase: Díaz Ramírez, Enrique: *Las sanciones por el incumplimiento de las condiciones de validez –nulidad, inexistencia e ineficacia–*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 195-206; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 594-605; Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 309-376; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 421-432; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 573-588, Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 331-365 (bajo el título "Ineficacia del contrato"); Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 191-207 (alude a "invalidez) y en el mismo sentido: Sánchez Cid, *ob. cit.*, pp. 302-306; Hinestrosa, *ob. cit.*, pp. 199-221; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 428-490.

692 Véase bajo ese título del Capítulo: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 331.

693 Lagrange, *Apuntes*...

694 Véase sobre la teoría de los actos inexistentes: Lutzesco, *ob. cit.*, pp. 165-238.

695 Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 316.

696 Véase: Martínez Rueda, José de Jesús: *La invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos y sus aspectos en el Código Civil Venezolano.* San Cristóbal, Estado Táchira, 2002; Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 191; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 306-313 (distingue el contrato ineficaz que no surte efecto y la invalidez asociada a la negación de la fuerza jurídica; *ibid.,* pp. 306 y 307). Véase bajo el título "ineficacia": Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, pp. 119-153; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 557-562; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 275-284; Ossorio Morales, *ob. cit.*, pp. 259-266; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 479-510; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 102-115; Lasarte, *Curso*..., p. 391, supuestos en que el contrato no llega a producir los efectos que se pretendía (integrado por dos grandes grupos: invalidez o nulidad e ineficacia compuesta por resolución, revocación, mutuo *disenso*, etc.).

697 Véase: Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 667.

698 *Compendio di Istituzioni*..., *ob. cit.*, p. 365.

699 Carnelli y Cafaro, *ob. cit.*, p. 41.

700 *Ibid.,* p. 42.

porque al igual que la nulidad absoluta, no dispensa de la intervención judicial[701].

En Venezuela, se pretende basar la inexistencia en la redacción del artículo 1141 CC[702] sosteniendo que no precisa declaración judicial el contrato inexistente. Se crítica que tal tesis es absurda y que los efectos de dicha teoría pueden ser resueltos por vía de la nulidad. La inexistencia se asimila generalmente a la nulidad absoluta, por lo que modernamente se suele desechar la teoría de la inexistencia[703].

Sin embargo, algunos asimilan la idea de la nulidad absoluta a la del acto inexistente. Especialmente porque al margen de la distinción teórica el acto tildado de inexistente reviste una apariencia de realidad que precisará de declaración judicial para desaparecer de la realidad jurídica. Aunque ambigüedades terminológicas pueden teñir la materia algunos refieren que la inexistencia es un grado de nulidad más acentuado[704]. Pero lo cierto es que el máximo grado de nulidad es la absoluta y aun en este caso el acto reviste una apariencia de realidad que precisa de intervención judicial, por lo que ni aún en tal caso –a nuestro criterio– no existe nulidad de pleno derecho; siendo así la nulidad absoluta equivale en su efecto práctico a la inexistencia, pero igualmente precisa de declaratoria jurisdiccional por lo que no tiene sentido útil ni teórico la distinción.

Así acertadamente se indica en la doctrina francesa sostiene que lo inválido es inexistente pero se precisa que se haga constar esa inexistencia o invalidez. En efecto, cuando sea necesario un juicio para comprobar la inobservancia de una condición de validez de un contrato, la noción de inexistencia no aporta nada con relación a la de nulidad absoluta[705]. De allí que algunos definan la nulidad del contrato como la comprobación de la falta de un elemento para su validez, lo cual tiene como sanción la desaparición del contrato[706].

---

[701] CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 575.

[702] Véase: CSJ/Cas., Sent. 24-11-67, J.R.G., T. 17, pp. 383 y 383, se diferencia entre consentimiento y consentimiento viciado, señalando que si se tratara de consentimiento viciado por error no se estaría ante "inexistencia" sino solo anulación (*ibid.*, p. 383).

[703] Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 603-605; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 41, la teoría de la inexistencia el contrato como categoría distinta al vicio de nulidad absoluta, si bien alcanzó reconocimiento en Francia a finales del siglo XVIII y en Venezuela a finales del siglo pasado se encuentra abandonada en la actualidad en Venezuela. Desde que el negocio jurídico existe en apariencia implica siempre un vicio de nulidad del negocio aparente que no impide que el negocio aparente despliegue efectos, independientemente de su naturaleza absoluta o relativa.

[704] MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 317.

[705] LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 435.

[706] *Ibid.*, p. 428.

10.2. *Nulidad*[707]

10.2.1. Noción

Se relaciona con la insuficiencia del acto para producir efectos por no cumplir los requisitos legales. "La nulidad debe intervenir para sancionar los actos que han infringido la ley, pero condenar el ilícito no quiere decir que deba aceptarse el triunfo de lo injusto"[708]. La nulidad borra o elimina al contrato de la vida jurídica, ante la inobservancia de algún requisito de existencia o de validez.

Para Bernad Mainar la nulidad es una "modalidad de la invalidez que una vez declarada produce la ineficacia del contrato"[709]. Ochoa la ubica como una sanción de la ley por no observarse las condiciones de celebración del contrato[710]. Puede ser *absoluta* o *relativa*[711], "El interés tutelado determinará si la nulidad que afecta el contrato es absoluta o relativa, y en consecuencia, el régimen aplicable". No depende pues de la gravedad de la falta sino del interés que la norma impone; la nulidad será absoluta si persigue proteger el orden público y las buenas costumbres y relativa si persigue la protección de intereses particulares de los contratantes[712].

La noción de nulidad es tan flexible que se presta a las más variadas interpretaciones[713]; la materia de las nulidades es un tanto compleja, así como la diversidad de soluciones del derecho positivo[714]. Existe pues la respectiva acción de nulidad[715] aunque también se admite que la nulidad puede plantearse por vía de "excepción"[716].

10.2.2. *Absoluta*[717]

La nulidad absoluta en principio acontece cuando el contrato carece de requisitos de existencia (objeto o causa)[718] o porque lesione el orden público o

---

[707] Véase: López Herrera, Francisco: *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*. Caracas, El Cojo, 1952; Lutzesco, Georges: *Teoría y Práctica de las nulidades*. México, Editorial Porrúa S.A., 1945. Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, pp. 239-367; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 421-432; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 259-284; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 63-69.

[708] Lutzesco, *ob. cit.*, p. 19, sobre todo cuando a la parte afectada contratada de buena fe, nada puede imputársele.

[709] Bernad Mainar, ob. cit, T. III, p. 336.

[710] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 421.

[711] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 319 y ss.; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 41.

[712] Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p, 58, para los autores la ilicitud del objeto o de la causa del contrato debe acarrear la nulidad absoluta en tanto que la ausencia de causa, la falta de, los defectos del objeto distintos a su licitud, la falta de capacidad y los vicios del consentimiento generan nulidad relativa.

[713] Lutzesco, *ob. cit.*, p. 308.

[714] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 440

[715] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 343-355.

[716] Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 468 y 469.

[717] Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 577-580.

[718] Véase: Lutzesco, *ob. cit.*, p. 238; CSJ/Cas., sent. 3-2-94, J.R.G., T. 129, pp. 432-435, la nulidad absoluta generalmente se asocia a la imposibilidad o ilicitud del objeto.

las buenas costumbres[719]. Procede ante la violación de una norma de interés general[720] o público. Generalmente acontece cuando se transgrede una norma o regla imperativa o de orden público, por lo que se afirma que tiende a proteger un interés público o general. De allí que puede intentar la acción cualquier interesado incluyendo al juez de oficio: "la nulidad absoluta de los contratos puede ser declarada de oficio por el Juez, aunque ninguna de las partes la hubiese alegado"[721], procede en cualquier estado y grado del juicio, no es susceptible de convalidación, es imprescriptible[722] y afecta *ab initio.*

Dispone el artículo 1352 del CC "*no se puede hacer desaparecer por ningún acto confirmatorio los vicios de un acto absolutamente nulo por falta de formalidades*". La excepción viene dada por el art. 1353 CC relativa a la ratificación de disposición testamentaria nula. Mélich opina que "*opera de pleno derecho*" aunque las partes puedan comportarse como si no hubiese tenido lugar[723]. Pero es discutible tal afirmación, pues tal apariencia de realidad precisa declaración judicial, toda vez, que no existe nulidad de pleno derecho, ni siquiera "absoluta" como el mismo autor reconoce con apoyo de la doctrina francesa[724].

10.2.3. *Relativa o anulabilidad*[725]

La nulidad relativa también denominada "anulabilidad" tiene lugar cuando se violan normas dirigidas a proteger *intereses particulares o privados*[726] como la relativa al consentimiento o la capacidad[727]. Para algunos acontece ante los supuestos de vicios del consentimiento e incapacidad (nulidad absoluta cuando faltan elementos esenciales o de existencia) pero la distinción es simplista. Por ejemplo se alude a nulidad relativa por violentar las normas de interdicción judicial a nulidad absoluta por acto realizado

---

[719] Véase: Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 445, la nulidad por causa ilícita o inmoral es absoluta.

[720] Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Lara, Sent. 27-5-09, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/653-27-KP02-V-2007-2788-.html.

[721] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 0390 del 3-12-01, http://www.tsj.gov.ve/**decisiones**/**scc**/Diciembre/RC-0390-**031201**-001047.htm "los jueces pueden, en resguardo del orden público, declarar de oficio la nulidad absoluta que adviertan en algún contrato, siempre que la nulidad aparezca de forma manifiesta, sin necesidad de suplir prueba alguna, y que todas las partes que figuraron en el contrato nulo sean parte en el juicio, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa...".

[722] Véase no obstante: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 596 y 597, aunque la nulidad absoluta se imprescriptible bien pueden estar sometidas a prescripción las acciones derivadas del contrato, por ejemplo si han pasado más de 10 años a los fines de la restitución de suma de dinero; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p, 60; Rodríguez y Amadeo, *ob. cit.*, p. 74, las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción.

[723] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 319.

[724] Véase: *ibid.*, p. 325, nota 20, cita doctrina francesa que indica que NO existe nulidad de pleno derecho, existe apariencia salvo que ambas partes admitan lo contrario.

[725] Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 580 y 581.

[726] Véase: Lutzesco, *ob. cit.*, p. 309.

[727] *Ibid.*, p. 238; Bueres, Alberto: *El acto ilícito.* Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pp. 39 y 40, el negocio concertado por quien no tiene discernimiento contiene un vicio de nulidad relativa pues la sanción de invalidez apunta a la protección del agente y no va más allá; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 580 y 581.

por entredicho legal, toda vez que el primero protege el interés privado del entredicho judicial y el segundo es una incapacidad de protección o defensa social.

Entre sus caracteres se ubican que no afecta el contrato desde su inicio, que solo puede ser ejercida por los interesados, es convalidable o subsanable[728] y la acción prescribe a los 5 años[729] (CC, art. 1346[730]). La confirmación[731] (renuncia a intentar la acción de nulidad relativa) puede ser expresa o tácita, total o parcial.

El CC la somete a varios requisitos de fondo para surtir efectos en su art. 1351. Para que la confirmación sea válida ha de proceder en forma libre y espontánea y debe haber cesado la causa que la motivó. La confirmación según el art. 1351 CC opera a futuro, no tiene efecto retroactivo, produce la renuncia a las acciones respectivas pero *deja a salvo los derechos de terceros*. La nulidad relativa puede ser opuesta como *excepción* en la contestación de la demanda, si la parte que la podía hacer valer es demandada.

La diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa radica en que en la primera el contrato afectado viola un interés general, tutelado por normas de orden público inquebrantables; y en la relativa, el contrato viola normas que tutelan intereses particulares y que están destinadas a la protección de alguna de las partes[732]. Se aclara que ambas nulidades presentan entres sus semejanzas o similitudes que ambas requieren de intervención judicial, tienen un efecto retroactivo y ambas pueden ser alegadas por vía de acción o de excepción[733]. Por lo que cabe recordar, que inclusive la nulidad absoluta precisa intervención judicial toda vez que se ha creado una apariencia de validez o de realidad.

---

[728] Véase sobre la convalidación del contrato: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 355-359.

[729] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 598, la prescripción especial de 5 años prevalece sobre la prescripción ordinaria, de modo que esta no empieza a contarse sino vencido el tiempo de la prescripción especial.

[730] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 00222 del 23-3-04; TSJ/SCC, Sent. Nº 232 del 30-4-02, el lapso es de prescripción y no de caducidad y aplica sólo a la nulidad relativa; CSJ/Cas., Sent. 9-3-94, J.R.G., T. 129, pp. 523-525, el lapso de la acción de nulidad relativa del contrato del artículo 1346 CC es de prescripción y no de caducidad.

[731] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 599, se diferencia de la "*ratificación*", en que esta supone la aceptación de que el acto realizado por un tercero produzca efecto sobre sí.

[732] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 737 de 10-12-09, www.tsj.gov.ve/**decisiones**/**scc**/.../RC.00737-101209-2009-09-460.HTM; TSJ/SCC, Sent. 995 de 12-12-06, www.tsj.gov.ve/**decisiones**/**scc**/diciembre/RC-00995-121206-06381.HTM; TSJ/SCC, Sent. Nº 288 del 31-5-05, www.tsj.gov.ve/**decisiones**/**scc**/Mayo/RC-00288-310505-04124.htm ; TSJ/SCC, Sent. Nº 1342 de 15-11-04, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC-01342-151104-03550.htm ; CSJ/Cas., Sent. 3-2-94, J.R.G., T. 129, pp. 432-435, TSJ/SCC, Sent. Nº 000682 del 19-11-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/158863-RC.000682-191113-2013-13-315.HTML.

[733] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 425.

10.2.4. *Nulidad parcial*

Es aquella que no afecta todo el contrato sino una parte de éste. Se presenta como una manifestación del principio de conservación del contrato[734]. La distinción entre nulidad total o parcial, tiene que ver con la importancia del elemento viciado presente en el acuerdo de voluntades; si es determinante y sin él no se hubiese contratado es total[735]. Como ejemplos de nulidad parcial pueden tener lugar las referidas cláusulas "abusivas" según sea posible; en tal caso, la nulidad simplemente supone la supresión del elemento irregular[736]. Las consecuencias de la declaración de carácter abusivo de las cláusulas implican por lo general la nulidad parcial de lo regulado por aquellas y la subsistencia del contrato en todo lo restante, que precisará por lo general de la integración del contrato[737].

10.2.5. *Efectos de la declaratoria de nulidad*[738]

a. *Eficacia retroactiva*: Refiere Mélich que en la nulidad relativa se pone fin a la existencia del acto de manera retroactiva; la nulidad sea absoluta o relativa implica la desaparición de las consecuencias jurídicas derivada del contrato[739].

b. *Restituciones recíprocas*: Si el contrato no se había cumplido, no están las partes obligadas a cumplir, salvo el derecho de quien procede de buena fe de poder reclamar daños y perjuicios. Si se ha cumplido parcialmente están obligados a la restitución recíproca en la medida que sea posible. En cuanto a la obligación de restitución no puede ser pedida por quien incurrió en violencia (CC, art. 1157, 3º párrafo). En cuanto a la restitución el Juez pudiera hacer un cálculo equivalente pecuniario[740]. En caso de incapacidad la restitución se limita a lo que ha acontecido en su provecho (CC, art. 1349). El artículo 1348 CC consagra la regla según la cual la malicia suple la incapacidad en el sentido que el menor que ha ocultado su minoridad con maquinaciones dolosas no podrá alegar la nulidad. Respecto de terceros, generalmente sus derechos de ven afectados salvo los casos de los artículos 790[741] y 794 CC. Refiere Mélich que ello se basa en que nadie puede dar lo que no tiene[742].

c. *Pudiera mediar daños y perjuicios*: Esto es, puede acumularse la acción de responsabilidad civil, por ejemplo, en caso de "violencia" como vicio del consentimiento[743].

---

734 Mélich Orsini, *Doctrina...,* p. 362.

735 *Ibid.*, p. 365.

736 *Idem.*

737 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 227.

738 Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 582 y 583; Martínez Rueda, *ob. cit.*, 26 y 27.

739 Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 326.

740 *Ibid.*, p. 370.

741 De buena fe hace suyos los frutos.

742 *Ibid.*, p. 373.

743 *Ibid.*, p. 374.

10.3. *La conversión*

Entre otras figuras afines con la ineficacia, algún sector de la doctrina patria refiere la "conversión del contrato"[744], inspirada a su vez en la doctrina o legislación extranjera. Dicha figura supone una calificación correctora del contrato viciado por nulidad, en lugar de mantenerse la calificación que directamente le correspondía[745].

El contrato viciado de nulidad pudiera mantenerse con una finalidad distinta a la inicialmente prevista, salvando con ello el inconveniente que se opone a su eficacia[746]. Se trata de un remedio tendente a evitar la ineficacia de un contrato que a su vez sería ineficaz de ser interpretado y calificado conforme a los criterios ordinarios, de modo que, a tal fin, se le otorga una calificación distinta para la que reúne requisitos suficientes, cuyos efectos colman el propósito perseguido por los contratantes, a la vez que dicho contrato es válido y surte efectos. Indica Bernad que más que discutible es la denominación atribuida al fenómeno pues no se trata de convertir un contrato inválido en uno válido. Se alude a conversión *material* cuando se modifica el tipo contractual u opera una reducción del objeto o los efectos y de conversión *formal* cuando el instrumento en que consta el contrato carece de algún requisito de validez. Son requisitos de la conversión que no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, la presencia de un contrato viciado de nulidad pero que a su vez reúne los requisitos para llevar a cabo otro contrato para alcanzar los fines iniciales. Se señala que nuestro ordenamiento no la prevé pero podría verse como "un remedio jurídico general"[747].

La doctrina extranjera ha desarrollado especialmente la figura[748], señalando que los estudios de la conversión son bastante limitados[749], y viendo su fundamento básicamente en la *voluntad* de las partes[750], por contraste con

---

[744] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 359-361; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 12-3-08, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/marzo/529-12-12.487-.html «Pasando al análisis del juicio acumulado, tómese en cuenta los comentarios que hacen Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Ducre, en su obra CURSO DE OBLIGACIONES. Derecho Civil III. Tomo II. Caracas 2004. Pág. 752 donde expresa lo siguiente: "...La nulidad de los contratos es la consecuencia de un defecto en su formación que lo hace ineficaz o insuficiente para producir los efectos jurídicos perseguidos por las partes. La sanción puede ser de diversos grados: privarlo de todo efecto (nulidad total), producir algunos efectos (nulidad parcial), o producir efectos distintos de los perseguidos por las partes (conversión del contrato)».

[745] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 262; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 107 y 108.

[746] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 279; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 694, es un medio jurídico en virtud del cual un contrato o negocio afectado de nulidad que contiene los elementos sustanciales y de forma de otro negocio jurídico válido es salvado de la nulidad que lo afecta mediante su "conversión" en el negocio jurídico que reúne sus elementos y requisitos.

[747] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 359-361.

[748] Véase: Palacios Martínez, Eric: *La conversión y la nulidad del negocio jurídico.* Perú, Ara Editores, 2002; Diez Soto, Carlos Manuel: *La conversión del contrato nulo.* (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español). http://repositorio.bib.upct.es/dspace/bitstream/10317/796/1/cmds.pdf.

[749] Palacios Martínez, *ob. cit.*, p. 63.

[750] Véase: *ibid.*, pp. 143-169.

las teorías objetivas del negocio jurídico[751], pero puede definirse como "el procedimiento integrativo de contenido negocial, que mediante la corrección de calificación jurídica extrae de un negocio ineficaz, perteneciente a una *fattispecie* o tipo original, un nuevo negocio de una *fattispecie* o tipo distinto, permitiendo así proteger el resultado práctico perseguido por las partes[752]. Para el autor solo la conversión material, sustancial o propia responde a la figura y por tal no es posible hablar de más de un tipo de conversión[753]. Cuando hay conversión de un negocio jurídico cambia el tipo de negocio, es decir, de una especie de contrato se pasa a otro[754].

Entre sus requisitos se ubica la calificación y precisión del requerimiento objetivo: el requisito subjetivo y la finalidad perseguida por las partes (que el nuevo negocio esté dentro de la órbita de la finalidad práctica perseguida por las partes): cumplir presupuestos (el nuevo negocio debe precisar elementos sustanciales) entre las mismas partes; que haya voluntad de conversión expresa o tácita; que las partes sepan los efectos de la situación[755].

La mutación del negocio nulo por otro válido, requiere que el primero tenga los requisitos que fundamentan la validez del nuevo. No puede pretenderse que por virtud de la conservación del negocio y dada la nulidad del celebrado, tengan que dar vida con nuevas declaraciones de voluntad a otro válido[756]. La figura no está expresamente prevista en Venezuela y la doctrina generalmente no la trata, amén de que la figura sería de aplicación reducida, dadas las condiciones que indica la doctrina extranjera.

Algunos dudan de su aplicación en aquellos países carentes de regulación como el español[757] lo cual pudiera ser aplicable al venezolano: "Y es que el estudio de las hipótesis propuestas por nuestra doctrina como aplicaciones posibles de la conversión en nuestro sistema, junto con el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ponen de manifiesto, por un lado, las extremas dificultades que desde el punto de vista dogmático se plantean a la hora de coordinar la conversión propiamente dicha con los principios del ordenamiento: y, por otro, la existencia en éste de numerosos mecanismos dotados de la flexibilidad suficiente como para hacer innecesario el recurso

---

751 Véase: *ibid.*, pp. 169-179.

752 *Ibid.*, p. 85.

753 Véase: *ibid.*, p. 86.

754 Padilla, *ob. cit.*, p. 129.

755 Palacios Martínez, *ob. cit.*, pp. 103-121.

756 Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 108.

757 Véase: Diez Soto, *ob. cit.*, p. 229 hemos de pronunciarnos en contra de la tesis favorable a la admisibilidad del instituto de la conversión sustancial en nuestro sistema negocial, si con ello se pretende afirmar su vigencia como remedio de carácter general. La tensión entre autonomía privada y ordenamiento jurídico aparece resuelta en nuestro sistema en términos muy distintos de los que propiciaron el desarrollo del instituto de la conversión en Alemania o en Italia. En nuestro ordenamiento, un principio de conversión sustancial entendido como remedio de carácter general, constituiría, a nuestro entender, un "cuerpo extraño".

a la conversión a la hora de afrontar los problemas concretos. En el sistema negocial español, el intérprete tiene a su disposición numerosos instrumentos que le permitirán, en general, calibrar en su justa medida el alcance de una determinada sanción de nulidad en presencia de una concreta hipótesis negocial. En la medida en que el remedio de una determinada situación se pueda buscar en la utilización, más o menos flexible, de tales mecanismos, la invocación de un principio de conversión sustancial será, probablemente, innecesaria e inexacta[758]. No olvidemos que aun entonces podrán encontrar aplicación otros instrumentos destinados a corregir y encauzar conforme a criterios de justicia y equidad las consecuencias de la propia sanción de nulidad (al margen, obviamente, de la posible repetición del negocio por los interesados con sujeción a las exigencias del ordenamiento) tales como la responsabilidad precontractual, la aplicación de la doctrina de las obligaciones naturales, etc.[759]

Se trata pues de una figura poco desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia patria (mediante aplicaciones o ejemplos generales) cuya incidencia queda disminuida ante la posibilidad de ratificación en caso de nulidad relativa –según acertadamente se observa– toda vez que ha de ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes.

10.4. *La rescisión*[760]

10.4.1. *Noción*

La rescisión del contrato está prevista en el artículo 1350 del CC: "*La rescisión por causa de lesión no puede intentarse aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la Ley. Dicha acción, en los casos en que se admite, no produce efecto respecto de los terceros que han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por rescisión*".

Se afirma que la figura encuentra antecedentes en el Derecho Romano con base a la equidad[761]. A decir de Mélich "la lesión es la pérdida patrimonial que uno de los contratantes sufre por causa del desequilibrio o defecto de equivalencia entre la prestación que cumple y la que recibe". Se diferencia de la imprevisión porque dicho desequilibrio acontece en el momento de celebración del contrato y no de forma sobrevenida[762].

---

[758] *Ibid.*, p. 230.

[759] *Ibid.*, p. 231.

[760] Véase: Álvarez Oliveros, Ángel: *Notas sobre la rescisión por lesión.* En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 5 Edición Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, 2015, pp. 289-310; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 361-364; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 55-57; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 145-147; Castillo, Fernando y otros: *Rescisión del Contrato de Compraventa por Lesión Enorme: ¿Asimetría de Información y Abuso de Posición Dominante Contractual o un Exceso de Intervención del Estado en el mercado?* http://alacde2015.org/papers/88.pdf.

[761] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 361.

[762] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 145. Véase también: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 55, además siguiendo a Rodner indican que la rescisión por lesión enorme es el derecho que

La rescisión es la privación de los efectos producidos por un contrato válido cuando éste, en virtud de algunas de las causales taxativamente fijadas por la ley, produce lesiones o perjuicios para los contratantes o terceros, siempre que el perjudicado no pueda obtenerlo por otro medio de reparación. Se trata de un remedio jurídico con carácter subsidiario[763], basada en la congruencia económica de las contraprestaciones contractuales[764].

Bernad Mainar define el contrato rescindible como aquel válidamente celebrado pero que produciendo un perjuicio injusto a una de la partes o a un tercero para el que no hay otro recurso legal para obtener reparación, podrá ser declarado ineficaz o reducida *su eficacia* a instancia del perjudicado[765]. Se aprecia que el autor se refiere acertadamente a ineficacia del contrato o reducir su eficacia, por lo que se trata de dos opciones que se alejan de la figura de la nulidad propiamente dicha. En efecto, la acción por rescisión supone atacar un contrato porque produce una lesión patrimonial taxativamente prevista en la ley a fin de lograr su proporcionalidad o privarlo de su eficacia.

La rescisión procede ante el perjuicio económico o desequilibrio patrimonial al momento de celebrarse el contrato en los casos tasados por la ley[766]. Es necesario que exista un desequilibrio en las partes del contrato, y que sea notoriamente desproporcionado, es decir, enorme[767].

"La lesión, como institución, origina la rescisión del contrato, en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la ley, lo que amerita una acción en ese sentido"[768].

Vale recordar que la renuncia anticipada a la lesión por causa de lesión ha sido considerada como ejemplo de cláusula nula por objeto contrario al orden público[769].

---

tiene un contratante en un contrato bilateral, de solicitar la terminación del mismo por falta grave de equivalencia de prestaciones recíprocamente acordadas.

763 MADRID MARTÍNEZ, *Las limitaciones...*, p. 810, cita a Lalaguna Domínguez; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 362 y 363.

764 MADRID MARTÍNEZ, *Las limitaciones...*, p. 811. Véase también: CASTILLO y otros, *ob. cit.*, señalan que en Colombia para juzgar las condiciones sobre su reducción a la equidad, se considera el valor de mercado de la prestación objeto del contrato.

765 BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 362 (destacado nuestro).

766 PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 680 y 681.

767 PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 266, no se trata entonces de cualquier desproporción, o de un simple desequilibrio entre las prestaciones, sino que es necesario que la desproporción entre estas últimas sea grosera o exagerada. La parte afectada debe probar que la desproporción es excesiva.

768 TSJ/SConst., Sent. 85 de 24-1-02 http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm. "Ahora bien, lo anterior no exime a que pueda existir una situación lesiva y que la misma pueda ser reconocida, se trataría de una lesión objetiva, que a pesar de existir, no origina la rescisión del contrato, ya que el lesionado no la solicita".

769 Véase *supra* este mismo tema 6.3.1.

10.4.2. S*upuestos*

La acción de rescisión está consagrada en el artículo 1.350 del CC y tiene lugar en los casos especialmente expresados en la Ley. Así en el CC, vale referir según la doctrina[770] arts. 1.120[771] y 1.132[772] (en materia de partición), 183[773] (comunidad conyugal), 770[774] (comunidad), 1680[775] (sociedad), 1496[776] y 1497[777] (venta), 1663[778] y 1664[779] (sociedad)[780]. En Venezuela, la rescisión

---

770 Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 146; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 55; Álvarez Oliveros, *ob. cit.*, p. 293, Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 8-3-07, Exp. 9594, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/MARZO/2140-8-9594-.HTML.

771 *"Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que dan lugar a la rescisión de los contratos. Puede también haber lugar a la rescisión, cuando uno de los coherederos ha padecido lesión que exceda del cuarto de su parte en la partición. La simple omisión de un objeto de la herencia, no da lugar a la acción de rescisión, sino a una partición suplementaria".*

772 *"La partición hecha por el ascendiente puede atacarse si resulta de la partición, o de cualquiera otra disposición hecha por el ascendiente, que alguno de los comprendidos en aquélla ha padecido lesión en su legítima. Si la partición se hace por acto entre vivos puede también atacarse por causa de lesión que pase del cuarto, según el artículo 1120".*

773 *"En todo lo relativo a la división de la comunidad que no esté determinado en este Capítulo, se observará lo que se establece respecto de la partición"*; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 5-3-13, Exp. AH13- V-2008-000190 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/MARZO/2118-5-AH13-V-2008-000190-.HTML.

774 *"Son aplicables a la división entre comuneros las reglas concernientes a la división de la herencia y las especiales que, en cuanto al procedimiento para llevarla a cabo, establezca el Código de Procedimiento Civil".*

775 *"Las reglas concernientes a la partición de la herencia, a la forma de esta partición y a las obligaciones que de ella resultan entre los coherederos, son aplicables en cuanto sea posible a las particiones entre los socios".*

776 *"El vendedor está obligado a entregar la cosa en toda la cantidad expresada en el contrato, salvo las modificaciones siguientes: Si la venta de un inmueble se ha hecho con expresión de su cabida, a razón de tanto por medida, el vendedor está obligado a entregar al comprador que lo exija, la cantidad expresada en el contrato. Cuando esto no sea posible, o el comprador no lo exija, el vendedor estará obligado a sufrir una disminución proporcional en el precio. Si se encuentra que la cabida del inmueble es superior a la expresada en el contrato, el comprador debe pagar la diferencia del precio; pero puede desistir del contrato si el excedente del precio pasa de la veintava parte de la cantidad declarada".*

777 *"En todos los demás casos en que la venta sea de un cuerpo determinado y limitado, o de fundos distintos y separados, sea que el contrato comience por la medida, sea que comience por la indicación del cuerpo vendido, seguida de la medida, la expresión de la medida no da lugar a ningún aumento de precio en favor del vendedor por el exceso de la misma, ni a ninguna disminución del precio en favor del comprador por menor medida, sino cuando la diferencia entre la medida real y la indicada en el contrato sea de una veintava parte en más o en menos, habida consideración al valor de la totalidad de los objetos vendidos, si no hubiere estipulación en contrario".*

778 *"Si los socios han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá impugnarse la designación hecha, cuando evidentemente se haya faltado a la equidad; y ni aun por esta causa podrá reclamar el socio que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero, o que no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fue conocida".*

779 *"Es nula la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios. El socio que no ha aportado sino su industria, puede ser exonerado de toda contribución en las pérdidas"*

780 Véase estos dos artículos relativos a la sociedad en: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 56 y Álvarez Oliveros, Notas..., p. 293. Mas no en Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 146.

por lesión no puede intentarse sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas por la ley, de conformidad con el artículo 1350 del CC[781]. Por lo presenta carácter taxativo[782] y excepcional[783].

Entre los casos indicados, la doctrina ha referido especialmente los supuestos de rescisión por lesión en materia de *partición*[784] (CC, art. 1120) y la rescisión por lesión en materia de *venta*[785] (CC, art. 1496). Aunque Bernad Mainar refiere que tal supuesto no constituye propiamente lesión sino un supuesto de nulidad en razón de un error en la cantidad, causa de nulidad relativa del contrato[786]. Lo mismo pudiera decirse del artículo 1664 del CC que dispone la "nulidad" de la sociedad leonina (absoluta, dada la expresión "*es nula*") de la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exime de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios. Amén que dicho ejemplo lo ubica la doctrina como nulidad por objeto ilícito por contrario al orden público[787]

Se refiere igualmente en el tema el supuesto caso particular de los intereses, previsto en el artículo 1746[788] del CC[789] que tuvimos ocasión de referir a propósito de las obligaciones de intereses[790]. Señala la doctrina la rescisión por lesión en materia de *usura*, prevista en el Decreto 247 de 9-4-46 y otras leyes especiales. Al efecto, se puede distinguir la lesión *objetiva* cuando se mira exclusivamente el desequilibrio patrimonial existente

---

[781] Pinto Oliveros, *El contrato hoy en día...*, p. 264.

[782] Véase: Madrid Martínez, *Las limitaciones...*, p. 811, no puede intentarse sino en los casos y bajo las condiciones especialmente indicadas en la ley, circunstancia que limita considerablemente el campo de acción de esta institución. Pues por ejemplo, se permite en materia de partición sucesoral (1120 CC) pero no en materia de préstamo. Aunque la doctrina la admite en caso de usura de cobro de interés.

[783] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 145, el CC venezolano contempla muy pocos supuesto de lesión; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 363, la ley no nos suministra ni los casos ni las condiciones bajo las cuales se ha de ejercitar la acción, por lo cual entendemos que se ha de adoptar una visión restrictiva del figura.

[784] Véase: Álvarez Oliveros, *Notas...*, pp. 296-299, Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 579-583.

[785] Álvarez Oliveros, *Notas...*, pp. 305-308; Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 146; Castillo y otros, *ob. cit.*, "La lesión enorme es una institución jurídica que permite a las partes contratantes de una compraventa de bienes inmuebles poder solicitar al juez la rescisión del contrato en tanto el precio pactado en el contrato se aleje considerablemente del justo precio".

[786] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 363, incluyendo nota 730.

[787] Véase *supra* de este mismo tema 6.3.1, opinión de Lagrange y De Freitas.

[788] *"El interés es legal o convencional. El interés legal es el tres por ciento anual. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por Ley especial; salvo que, no limitándolo la Ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor. El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal. El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual".*

[789] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 146; Madrid Martínez, *Las limitaciones...*, p. 811, la autora cita la opinión de Rodner; Álvarez Oliveros, *Notas...*, pp. 299-305 (alude a "rescisión por lesión en materia de usura").

[790] Véase *supra* tema 5.7.6.

entre las prestaciones recíprocas de las partes, es decir, la desproporción entre ambas prestaciones. En tanto que cuando se atiende a la situación psicológica de debilidad de la víctima se alude a lesión *subjetiva*[791].

Álvarez Oliveros hace una reflexión con base al artículo 65 (actual 58)de la Ley de Precios Justos[792], a propósito de la rescisión y usura[793], señalando que dicha ley confundió la usura como supuesto concreto de lesión y la lesión en sí misma[794]. Señala que "Es de observar que la definición de usura –como el excesivo cobro en los intereses–, ha sido modificada y entrelazada con la definición propia de la lesión, eliminando la posibilidad que la parte afectada pueda demandar la terminación o reestructuración de un determinado contrato bajo el postulado de la lesión". Agrega que la sentencia Nº 85 del 24 de enero de 2002 de los créditos indexados fractura el concepto tradicional de usura[795] y esto fue gravemente acogido por el legislador en la redacción de la Ley Orgánica de Precios Justos. Concluye el autor que el concepto de la usura fue extendido de forma desproporcionada, hasta el punto de obtener la misma definición de la lesión, desnaturalizando esta última[796], como base necesaria para obtener la rescisión y establece a

---

[791] Mélich Orsini, *Doctrina*..., p. 146; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 56 y 57; TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html "el ordenamiento sólo podía sancionar los desequilibrios observados al momento de la celebración del contrato, en el cual jugaba un papel importante la lesión fundada en criterios objetivos; no obstante en la actualidad la situación ha cambiado, dado que diversos códigos consagran la lesión subjetiva, de tal manera que ahora es posible sancionar el desequilibrio en los contratos durante su ejecución cuando éste es causado por el aprovechamiento de una de las partes de la situación o circunstancias en la que otra se encuentra"; TJS/SConst., Nº 85, 24/01/2002 http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm.

[792] G.O.E. Nº 6156 de 19-11-14 (Decreto 1467, que modifica anterior GO Nº 40.340 de 23-1-14). La actual es GO Nº 6.202 Extraordinario del 8-11-15: "*Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años. A los propietarios de locales comerciales que fijen cánones de arrendamiento superiores a los límites establecidos por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, así como otras erogaciones no autorizadas que violente el principio de proporcionalidad y equilibrio entre las partes contratante, se le aplicará la pena contemplada en este artículo, así como la reducción del canon de arrendamiento y eliminación de otras erogaciones, a los límites establecidos por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos. En la misma pena incurrirá quien operaciones de crédito o financiamiento, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio, una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas o permitidas por el Banco Central de Venezuela...*". En sentido semejante, el artículo siguiente a propósito de la "*usura en operaciones de financiamiento*".

[793] Álvarez Oliveros, *Notas...*, p. 304.

[794] Véase entre otras críticas del autor: *ibid.*, pp. 299-305.

[795] *Ibid.*, p. 302.

[796] *Ibid.*, pp. 303 y 304, agrega que la L.O.P.J., al utilizar una terminología sumamente genérica da pie a una interpretación amplia y En este sentido, el delito de usura contenida en la L.O.P.J., viola las garantías constitucionales al sostener de forma genérica que, la existencia desproporcional entre dos contraprestaciones será considerado delito de usura, pero en ningún momento dispone que se entiende por desproporcional y cuáles son los parámetros objetivos que deben ser evaluados por el juzgador, circunstancia que otorga una discrecionalidad casi absoluta al juzgador para aplicar la sanción.

la usura como una acción autónoma y no como una supuesto concreto de la lesión[797].

Por su parte Annicchiarico y Madrid al comentar la ley previa redactada en términos semejantes indicaban que "las consecuencias jurídicas del mencionado artículo desde un punto de vista civil, todo contrato que se encuentre en el supuesto de la norma se encontraría viciado de nulidad absoluta por ilicitud de la operación, lo cual constituye un reconocimiento indirecto del carácter ilícito de la lesión en los contratos de consumo"[798].

Sin embargo, la rescisión constituye una institución taxativa y especial, no obstante la afinidad de la figura con la nulidad por objeto ilícito en razón de intereses usurarios por contrarios al orden público[799]. Lo que permite concluir que el citado artículo 1746 CC, en cuanto a la reducción de intereses, quedaría sustancialmente limitado a aquellos supuestos en que no se configure el delito de usura[800].

10.4.3. *Diferencia con otras figuras*

Se diferencia de la nulidad y de la resolución del contrato[801]. La nulidad priva de eficacia al acto en tanto que la consecuencia de la rescisión ha de ser en principio eliminar la injusta desproporción[802]. La nulidad pretende atacar la validez del acto ya sea absoluta o relativa. En tanto, que en la lesión estamos ante un contrato plenamente válido y generador de efectos, pero en el que el desequilibrio de las prestaciones establecidas genera un beneficio excesivo a una de las partes[803]. El *quid* del asunto en el caso de la rescisión por lesión no es la existencia de un vicio, sino la existencia de un desequilibrio[804]. Aunque algunos aluden a "vicio" en la figura que nos ocupa[805]. Cabe observar que la disposición del artículo 1350 del CC relativa la recisión se ubica sistemáticamente dentro de las normas relativas a la nulidad, y con base a ello se afirma que la doctrina civilista contemporánea considera la rescisión como una modalidad de la nulidad[806], señalando que rige el mismo

797 *Ibid.*, p. 305.

798 Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 56.

799 Véase *supra* este misma tema 6.3.3.

800 Véase *supra* tema 5.7.6 y tema 20.6.3.3. Aunque la consecuencia radical de la nulidad del contrato en general supone la devolución del capital a diferencia de la reducción.

801 Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 362, algunos consideran la rescisión una modalidad de la nulidad. Sin embargo, el contrato rescindible es válidamente celebrado pero, que produciendo un perjuicio injusto a una de las partes o un tercero sin que exista otro recurso legal para obtener reparación es declarado ineficaz o reducida su eficacia.

802 Véase *infra* 10.44 de este mismo tema.

803 Álvarez Oliveros, *Notas...*, pp. 294 y 295.

804 *Ibid.*, p. 295.

805 Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 57, señalan "La lesión, así entendida, constituye un *vicio* en la formación del contrato". (Destacado nuestro).

806 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 362.

lapso de cinco (5) para ejercer la acción[807]. Pero precisamente, si partimos que no obstante la ubicación sistemática de la norma, recisión y nulidad constituyen figuras diversas, pareciera que –a falta de previsión especial– le resulta aplicable el lapso de prescripción ordinaria decenal o de 10 años.

Mientras que la resolución supone la posibilidad de resolver con eficacia retroactiva el contrato en razón del incumplimiento de la otra parte[808]. Y la resolución –al igual que la rescisión– también supone un contrato válidamente formado. Pero en la rescisión por lesión, entre las partes media un desequilibrio, en tanto que en la resolución se aprecia un nivel de igualdad pues las prestaciones pactadas son equivalentes[809].

Se diferencia de la teoría de la imprevisión en su carácter taxativo o expreso en la ley y porque el perjuicio económico existe al momento de la celebración del contrato, a diferencia de la teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva que por esencia es posterior a la celebración del contrato. Es decir, en la rescisión la desproporción es inicial, en tanto que en la imprevisión es sobrevenida[810].

Al igual que en otros supuestos, quien alega la lesión tiene la carga de la prueba de la desproporción[811].

10.4.4. *Efectos*[812]

Señala Mélich que el remedio contra la lesión puede ser la modificación del contrato para hacer desaparecer la injusta desproporción entre las

[807] Véase señalando que a pesar de la diferencia debe ser el mismo que el de la nulidad: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 364; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 57 , indican "La acción de rescisión del contrato por lesión, en los términos del artículo 1350 del Código Civil, se encuentra sujeta a un lapso de prescripción de cinco años, contados a partir del momento de la formación del contrato.

[808] Véase también: Juzgado Segundo de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 19-9-08, Exp. 6.067 ,http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2008/septiembre/971-19-6067-.html constan "contradicción y contraposición entre las acciones de 'nulidad o rescisión' y la 'lesión enorme'. A propósito, es importante recurrir a la doctrina, que define a la nulidad en estos términos: "Esta voz designa a un mismo tiempo el Estado de un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide a este acto el producir su efecto. Hay nulidad absoluta y nulidad relativa: ...No ha de confundirse la nulidad con la rescisión. La rescisión, por el contrario, puede cubrirse por la ratificación o el silencio de las partes; ninguna de éstas puede pedirla sino probando que el acto le es perjudicial o dañoso. Mas a pesar de estas diferencias que existen en las cosas, se emplean a veces indiferentemente las expresiones de nulidad y rescisión; y suelen suscitarse algunas cuestiones sobre si tal o tal acto es nulo por su naturaleza o necesita rescindirse."

[809] Álvarez Oliveros, *Notas...*, pp. 293-296.

[810] Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 57.

[811] Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 5-3-13, Exp. AH13- V-2008-000190 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/MARZO/2118-5-AH13-V-2008-000190-.HTML; Juzgado Segundo de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 19-9-08, Exp. 6.067, http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2008/septiembre/971-19-6067-.html; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Abril de 2008, Exp. 06-8600, http://cfr.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/2117-28-06-8600-.HTML.

[812] Álvarez Oliveros, *Notas...*, pp. 308-310; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 364.

prestación, que en rigor es lo que corresponde al término "rescisión", pero también podría ser en algunos casos la nulidad del contrato. En algunos casos previstos en la ley el remedio es la rescisión, pero cuando no se prevea en la norma la posibilidad de imponer la contraparte una modificación del contrato lesiva para restablecer el roto equilibrio contractual, la solución solo podría ser la acción de nulidad por ilicitud de objeto, por deficiencia parcial de la causa o por una supuesta violencia de los acontecimientos[813]. Pero vale recordar que la nulidad de objeto por desproporcionalidad contraria al orden público es independiente del supuesto taxativo de la rescisión por lesión[814]. Por lo que sería preferible adoptar una expresión que tienda a no confundir la figura con la nulidad. De allí que Bernad Mainar acertadamente aluda a que "*es declarado ineficaz o reducida su eficacia*"[815]. De hecho el autor señala que no constituyen casos de rescisión algunos que tradicionalmente se le han asimilado pero que realmente constituyen casos de nulidad o resolución[816]. Por lo que cabe en insistir en el carácter autónomo de la figura desligado de la nulidad, aunque tal distinción no sea fácil.

Se afirma que "la rescisión, puede extinguir la relación contractual así como las obligaciones contenidas en el mismo, o puede generar por otro lado, la reestructuración de la relación contractual ajustando nuevamente el equilibrio de las prestaciones. En este último supuesto, si la parte agraviada solicitada la reestructuración contractual y es otorgada por el Tribunal, no se puede sostener que existe en modo alguno la novación de las obligaciones, toda vez que, la novación necesariamente requiere la voluntad de las partes, cuestión que no puede existir en la rescisión"[817]. Precisamente esa posibilidad de reestructurar la relación contractual con base al equilibrio y la equidad acerca más la figura al efecto de la imprevisión sin que por esto se le asimile, y la distancia de la nulidad aunque también pueda compartir con ésta el efecto liberatorio o extintivo aunque técnicamente la nulidad no es una forma de extinción de las obligaciones. Lo que ratifica la tesis de que la figura presenta autonomía propia distinta a la nulidad, no obstante la ubicación sistemática de la norma que la consagra genéricamente (CC, art. 1350).

Con base a ello, la doctrina le reconoce a la figura tres tipos de efectos entre las partes: liberatorios, restitutorios y resarcitorios[818]. Finalmente frente a los terceros, la rescisión del contrato no afecta los derechos adquiridos por terceros de buena fe, aunque su adquisición sea a título oneroso o gratuito[819].

---

813 MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 147.

814 Véase *supra* este mismo tema 6.3.1. y 6.3.2.

815 BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 362.

816 *Ibid.*, p. 363.

817 ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, p. 308.

818 *Ibid.*, pp. 309 y 310.

819 *Idem.*

11. Efectos[820]

11.1. *Generalidades*

El contrato surte efectos entre las partes, es lo que se conoce como el principio de la *"relatividad"* del contrato[821] consagrado en el artículo 1166 del CC: "*Los contratos no tiene efecto sino entre las partes contratantes: no dañan ni aprovechan a terceros, excepto en los casos establecidos por la ley*".

Se alude así al principio de la relatividad del vínculo obligatorio para significar que la obligación vincula a los obligados originarios y a sus causahabientes a título universal[822]; en tanto que los terceros (o "*penitus extranei*") no quedan sujetos por las obligaciones a las que hayan sido ajenos[823]. En virtud de la relatividad el contrato es en principio inoperante frente a terceros[824]. La relatividad de las convenciones consiste en restringir el efecto obligatorio sólo a aquellos sujetos de derecho que concurrieron con su voluntad a celebrar el contrato[825].

11.2. *Especies*

Vale diferenciar entre *efectos internos* y *efectos externos* del contrato. Entre los *efectos internos* del contrato se distinguen partes, terceros y causahabientes (a título universal o particular), acreedores quirografarios. Para algunos estos últimos no son terceros pues tienen interés en el patrimonio del deudor, según los artículos 1863, 1864 del CC. La posición dominante para algunos es que son terceros[826].

En cuanto a los *efectos externos frente a terceros*[827] que puede el contrato producir efectos contra terceros cuando se trata de un derecho real; en caso

---

[820] Véase: *Código Civil de Venezuela Artículos 1159 al 1168...*; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 533-579; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 217-319; Dominici, *ob. cit.*, pp. 574 y ss.; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 35-41; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 239-257; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 553 y ss.

[821] Véase: Pizarro Wilson, Carlos: *El efecto relativo de los contratos: partes y terceros:* En: "Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños". Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 59-120; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 279-284; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 125-128; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 269 y 270; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 436-438; López Santa María, *ob. cit.*, T. II, pp. 338-388; Compagnucci de Caso, Ruben H.: *El efecto relativo de los contratos.* En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 253-265.

[822] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 36-50; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, pp. 86 y 87; Sanojo, *ob. cit.*, p. 39, sus efectos se extienden activa y pasivamente a los herederos.

[823] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 31 y 32; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 283, a los efectos del principio de relatividad son terceros las personas cuya voluntad no ha intervenido en modo alguno en la confección del contrato.

[824] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 457.

[825] Pizarro Wilson, *El efecto...*, p. 59.

[826] Véase Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 537 y 538.

[827] Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 655-719; Pesci-Feltri, Mario: *Relaciones contractuales y los terceros.* En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela Nº 23, 1962, pp. 137-173; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 300-303; Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 116-118; Borghetti, Jean-Sebastien: *La responsabilidad de las partes con relación a los terceros en caso de incumplimiento.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director:

de derechos personales esa oponibilidad es más reducida. Se dice que el contrato puede justificar la demanda de tercero por enriquecimiento sin causa y el tercero que frustra el contrato puede responder por hecho ilícito[828]. Entre las excepciones, a saber, contratos que producen efectos contra terceros se citan los artículos 1584, 1001, 1287, 1604 y 1605, 598 del CC[829].

Entre las excepciones sobre los efectos externos se citan el caso del contradocumento que demuestra la simulación no es oponible a terceros, los documentos privados otorgados por el deudor no tienen fecha cierta respecto al acreedor y los actos fraudulentos del deudor no son oponibles al acreedor que puede atacarlos por acción pauliana[830].

12. Cumplimiento[831]

12.1. *Generalidades y principios*

El artículo 1159 CC dispone: *"Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causales autorizadas por la ley"*.

La equiparación del CC de equiparar el contrato a la fuerza obligatoria de la ley tiene "abolengo clásico"[832], siendo una regla que se inspira en la pluma de Domat[833]. El legislador quiso destacar que la obligación nacida del contrato se impone a los contratantes con la misma fuerza que una obligación legal[834]. Si bien el contrato tiene un sentido como fuente diverso al de la ley, lo que quiso poner de relieve la norma es el poder que entre las partes ha de ejercer el contrato, tan fuerte entre éstas, como la ley en general[835]. Pero esa fuerza ha de estar amparada por otras ideas que orientan el contrato en todo su esplendor y desarrollo.

Y por ello agrega el 1160 CC: *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las*

Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 373-389.

[828] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 538 y 539.

[829] *Ibid.*, pp. 539 y 540.

[830] *Ibid.*, p. 540.

[831] Véase: *ibid.*, pp. 541-550.

[832] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 226; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 542. Véase: Pizarro Wilson, Carlos: *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes de interpretación del artículo 1545 del Código Civil Chileno.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños.* Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 15-32.

[833] Pizarro Wilson, *Notas...*, p. 17.

[834] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 7, la fórmula no significa otra cosa: sería inexacto pretender encontrar en ella una asimilación del contrato con la ley.

[835] Véase: Sanojo, *ob. cit.*, p. 35, no se crea que un contrato sea exactamente una ley bajo todos los aspectos. Lo es únicamente para los efectos de su cumplimiento entre las partes.

consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley".

Como se deriva de dicha norma y ha recordado la doctrina la "*buena fe*" sigue siendo principio orientador fundamental en el cumplimiento de los contratos y no sólo a lo establecido en éste[836]. La buena fe en la ejecución o cumplimiento del contrato supone el deseo de ayudar y colaborar para que la otra parte pueda también cumplir[837]; permitiendo suavizar las relaciones entre acreedor y deudor[838]. De allí que a tenor del citado artículo 1160 CC la buena fe obliga no sólo a lo expresado en el contrato sino también a aquellas conductas que sean necesarias para la ejecución del mismo. Ello permite flexibilidad y adecuación.

Y la palabra "*equidad*" que contiene la citada norma, a decir de la doctrina extranjera que analiza una norma semejante, permite que en caso de ausencia de previsión expresa, el Juez pueda, integrar el contrato por la equidad y conforme al principio de la buena fe[839]. La equidad no es fuente de integración creativa para alterar lo querido por las partes dentro del alea normal del contrato, por lo que no opera para alterarlo sino para complementarlo[840].

El "*uso*" son modalidades de normas de conducta que suponen una práctica habitual generalizada para ciertos casos o contratos. Se trata de prácticas sociales que obligan mientras no hayan sido excluidas[841].

Finalmente, si bien el artículo 1159 CC concede al contrato fuerza de ley, la norma siguiente del artículo 1160 CC indica que el contrato obliga a lo que surge de la "ley". Se trata de normas que están fuera del contrato pero que aplican en todos los casos. La ley predomina sobre la voluntad contractual si se trata de normas imperativas, taxativas u obligatorias que no pueden ser excluidas por aplicación de la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones se diferencian de las normas dispositivas[842], que pueden ser excluidas por la voluntad de las partes, y que entran en aplicación a falta de otra regulación de los particulares. De allí que se afirme que las normas imperativas, representan un modelo de regulación única, pues el legislador impone su observancia[843]. En materia de obligaciones se aprecian múltiples ejemplos de normas dispositivas, pero también se evidencian instituciones o normas de orden público, según indicamos[844].

---

[836] Véase: Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, pp. 131-150.

[837] *Ibid.*, p. 132.

[838] *Ibid.*, p. 133.

[839] *Ibid.*, p. 135; López Santa María, *ob. cit.*, T. II, pp. 389-407, es un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad; Garrido Cordobera, *ob. cit.*, pp. 1-14.

[840] Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, p. 142.

[841] *Ibid.*, p. 145.

[842] *Ibid.*, p. 146.

[843] Vidal Olivares, *ob. cit.*, p. 39; Tosta, *Guía...*, pp. 82-83,

[844] Véase *supra* tema 1.5.4.

12.2. *Culminación de los contratos por voluntad de las partes*[845]
El contrato no se extingue o termina por el arrepentimiento unilateral según veremos inmediatamente. Para que un contrato pueda darse por terminado debe concurrir la voluntad de las partes. Este acto de mutuo consentimiento se denomina revocatoria o más precisamente *mutuo disenso*[846] *o distractus*, que constituye el modo de terminación por antonomasia de culminación voluntaria de un contrato. Del mismo modo que la autonomía de la voluntad produce consentimientos para realizar un contrato que ordena intereses recíprocos; esa misma autonomía tiene virtualidad suficiente para dejar sin efecto lo contratado o extinguirlo[847].

Se trata de un acuerdo de voluntades que llevan a cabo los integrantes de la relación jurídica previa, dirigido a dejar sin efecto globalmente dicha relación obligatoria. Dado que se trata de un contrato extintivo que tiene por objeto una relación jurídica previa debe reunir los requisitos de todo contrato (consentimiento, objeto y causa). Su efecto es extinguir las obligaciones asumidas por las partes[848]. Pues los contratos se deshacen lo mismo que se hacen[849].

En ocasiones se requieren formalidades como es el caso de los contratos solemnes, que precisan publicidad o que la ley precisa formalidades adicionales. Respecto de los efectos del mutuo *disenso* se afirma que surte efectos entre las partes contratantes y no respecto de terceros. El Estado es un tercero respecto a los derechos fiscales derivados de los actos[850].

12.3. *Casos de revocatoria unilateral* [851]
La sola voluntad de una de las partes por sí misma ciertamente no tiene el poder de darle al fin al contrato, pues este es manifestación de una voluntad común. Sin embargo, se citan ejemplos, excepcionales en que puede la voluntad unilateral poner fin a la relación contractual[852].

---

845 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 542 y 543.

846 Véase: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: *El mutuo disenso*. En: Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, Nº 4, mayo 1999, pp. 57-76, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141; Luminoso, Angelo: *Il mutuo dissenso*. Universitá di Cagliari. Pubblicazioni della Facoltá di Giurisprudenza, Serie I (Guridica), Volume 23. Milano-Dott A. Giuffré Editore, 1980, p. 1, el mutuo disenso está colocado tradicionalmente en el ámbito de la retractación del negocio jurídico. Véase *ibid.*, p. 33, el fenómeno de la irrevocabilidad opera esencialmente por vía unilateral; Carnelli y Cafaro, *ob. cit.*, p. 186; Lasarte, *Curso...*, p. 400.

847 Medina De Lemus, *ob. cit.*, p. 197.

848 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 404.

849 Dominici, *ob. cit.*, p. 575, y de allí que se pueden revocar por mutuo consenso.

850 Lagrange, *Apuntes...*

851 Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 434-436; Corsi, Luis: *Algunos aspectos del desistimiento ad nutum del vínculo contractual: Esbozo para su estudio*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, 2004, pp. 353-383; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 543 y 545; Klein, Michele: *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid, Civitas, 1997.

852 Corsi, *Algunos...*, p. 383, Concluye el autor que "en principio 'lo pactado se inmoviliza' e impide que una de las partes haga desaparecer por su sola voluntad el vínculo que la unía a la otra.

Tal sería el caso de que así lo hayan pactado libremente las partes[853], pero dependiendo del tipo de contrato, ello puede ser improcedente, por ejemplo, en materia de contrato de adhesión, ello sería evidencia de una cláusula abusiva[854].

Existen casos en que la ley expresamente autoriza la revocatoria unilateral, a saber, cuando las partes lo pacten como acontece con la venta con pacto de retracto –arrendamiento de obras (CC, 1639); disolución de la sociedad por tiempo ilimitado (CC, 1677); el contrato de mandato puede concluir por una sola de las partes (CC, 1704, ords. 1 y 2); donación (CC, art. 1451), el contrato de trabajo[855]. Se agrega que debe admitirse también en contratos de duración indefinida[856] o ante incumplimiento gravoso[857].

Se indica que el ejercicio de la facultad o poder de desistimiento unilateral no debe ser ejercitado arbitrariamente, por ser una excepción frente a la regla general. Por tal, dicha facultad o poder de desligarse de la palabra dada, ha de ejercitarse de buena fe y sin abuso de derecho[858].

"Las partes no pueden sustraerse de manera unilateral al cumplimiento de las obligaciones a que se someten de manera autónoma, ya que si bien fue conferida la autonomía de la voluntad el legislador vislumbra la necesidad de hacer cumplir ésta, salvo pacto en contrario, formalismo el cual para el caso que nos ocupa no fue realizado y al cual podemos aplicar el principio de la intangibilidad del contrato que representa una consecuencia de la voluntad de las partes"[859]. De allí que se afirme que el ejercicio de este derecho de resiliación unilateral del contrato puede engendrar algunas veces responsabilidad civil[860].

---

[853] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 434, nada impide que una parte o ambas pueda haberse en el contrato la facultad de ponerle fin a la relación contractual. Pues ello no deroga en realidad el principio formulado en el art. 1159 CC.

[854] Véase *supra* tema 14.2; *Ibid...*, pp. 434 y 575.

[855] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 543 y 545; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 434 y 435.

[856] Véase: Corsi, *Algunos...*, p. 383; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: *ob. cit.*, p. 61, lo contrario sería inconstitucional; De Lemos Matheus, Rafael: *La terminación unilateral de los contratos de distribución*. En: V Jornadas Aníbal Dominici Homenaje Dr. José Muci-Abraham. Títulos valores, Contratos Mercantiles. Coord. José Getulio Salaverría L., 2014, p. 191, nadie puede quedar obligado indefinidamente; Conte-Grand, *ob. cit.*, p. 377.

[857] Pizarro Wilson, Carlos: ¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato? En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 439-460, el autor admite la posibilidad de resolución unilateral para privilegiar el interés del acreedor ante incumplimiento grave del contrato y determinadas condiciones.

[858] Corsi, *Algunos...*, p. 383, agrega: "El ejercicio de mala fe o con abuso de derecho de arrepentimiento sea éste *ex lege* o pactado, originará la obligación de indemnizar el daño causado y/ la declaración de ineficacia del desistimiento.

[859] Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-3-12, Exp. 9221, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2012/**marzo**/2145-19-9221-.html.

[860] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 435.

12.4. *Terceros penitus extranei*

Los "*penitus extranei*"[861] se encuentran en el último grado o escalón de la lista de terceros, y es posible afirmar que son verdaderos extraños al contrato. Estos sujetos tienen como característica que ningún efecto de las relaciones jurídicas de los contratantes se le puede oponer y como contrapartida, tampoco pueden invocar para su beneficio. Se dice que son aquellos que no se relacionan con las partes ni pueden verse afectados por la relación contractual, son absolutamente extraños. Se indica que éste es el principio y base de la regla "*res inter alias acta*", pues la eficacia queda limitada a las partes, salvo excepciones, pero en el terreno de las realidades jurídicas no es posible ignorar que como fenómeno el contrato ingresa en la órbita social, y no puede dejar de tener efectos de todo tipo en la vida de relación. Es tal que se alude a los efectos reflejos de negocios jurídicos que alcanzan a terceras personas. Pero estos terceros no pueden ser afectados en sus derechos y obligaciones por la contratación, salvo supuestos donde expresamente se exige publicidad o la protección se fundamenta en la seguridad jurídica[862].

12.5. *La estipulación a favor de tercero*[863]

Los dominios del principio de la relatividad del contrato quedan reducidos al contenido normativo de éste, de manera que los terceros ajenos no pueden resultar titulares de las obligaciones ni de los derechos derivados de tal negocio bilateral. Es dentro de este contexto que debe ser enmarcada el contrato a favor de tercero como excepción a ese principio general[864]. La doctrina se debate en torno a su naturaleza jurídica señalando entre las diversas teorías la de la oferta, la gestión de negocios, la declaración unilateral de voluntad, la recapitulación[865]. Pero desde el momento en se reconoce que estamos ante un excepción al principio de la relatividad del contrato, no será necesario para explicar la figura acudir a otra institución. Y es lo que permite una autonomía conceptual de la figura[866].

Surge la duda si debe aludirse a "*estipulación*" o más bien "*contrato*" a favor de tercero, por considerar que se trata de una cláusula o previsión contractual cuya finalidad consiste precisamente en desviar hacia un tercero la prestación del promitente. Pero, nada impide que se aluda a "*contrato a favor de tercero*" para referirnos al contrato en que se inserta

---

[861] Véase: *ibid.*, p. 332, nota 35, es aquel tercero totalmente extraño al contrato.

[862] Compagnucci de Caso, *ob. cit.*, pp. 264 y 265.

[863] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 572-578; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 303-312; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 61 y 62; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 435-453; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 133-137; López Richart, Julián: Los contratos a favor de terceros. Madrid, Dykinson, 2001; Pachionni, Giovanni: *Los contratos a favor de tercero. Estudio de Derecho romano, civil y mercantil.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. Traducción por Francisco Javier Osset; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 61-97; Larenz, *ob. cit.*, pp. 242-253.

[864] López Richart, *ob. cit.*, p. 160.

[865] *Ibid.*, pp. 170-188.

[866] *Ibid.*, p. 188.

dicha estipulación[867]. El contrato a favor de tercero en sentido lato es todo contrato celebrado en atención a un tercero[868].

La figura bajo análisis supone un contrato mediante el cual el deudor (promitente) se compromete frente al acreedor o estipulante a ejecutar una prestación en beneficio del tercero. "En sentido estricto, el contrato a favor de tercero es aquel en que las partes estipulan que una de ellas realizará una prestación a favor de un tercero; pero en sentido amplio, incluye también aquel contrato que produce obligaciones entre las partes y, además, una obligación consistente en realizar una prestación a favor de tercero"[869]. No surge relación obligatoria entre el obligado a cumplir la prestación y el tercero sino entre el obligado y la otra parte contratante[870].

Se trata de un contrato en que una de las partes resulta directamente obligada frente a una tercera persona[871]. Es una excepción a los principios de los efectos internos del contrato, que prevé la ley en su artículo 1164 CC: *"Se puede estipular en nombre propio y en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación"*. El estipulante no puede revocar la estipulación si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella.

Respecto a los *efectos*, se afirma que nace un derecho de crédito a favor del tercero contra el promitente. Y se agrega que le resultan aplicables las mismas reglas relativas a la aceptación, la oferta y la revocación antes de la aceptación. La doctrina coloca como ejemplos tradicionales de la figura el seguro de vida, el seguro "por cuenta de quien corresponda"[872], el contrato de transporte de mercaderías, el de transporte de personas[873]. Se trata de lograr una justificación causal del derecho del beneficiario[874].

La estipulación a favor de tercero permite explicar algunas operaciones que se practican corrientemente, como el seguro de vida en beneficio de un tercero o el seguro por cuenta de quien corresponda[875]. Respecto del cual el tercero o beneficiario adquiere un derecho de crédito aunque no tenga la condición de parte contratante[876]. Se propugna la independencia jurídica del tercero en cuanto a su adquisición pero no se puede beneficiar

---

867 *Ibid.*, p. 235.

868 Pachionni, *ob. cit.*, p. xvii.

869 O´ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 554.

870 Larenz, *ob. cit.*, p. 242.

871 López Richart, *ob. cit.*, p. 161.

872 Véase sobre el contrato por persona a nombrar y el contrato por cuenta de quien corresponda: López Santa María, *ob. cit.*, T. I, pp. 225-230.

873 Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 65.

874 Véase a propósito de la causa: López Richart, *ob. cit.*, pp. 247-274.

875 Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, p. 65.

876 López Richart, *ob. cit.*, p. 275.

un tercero sin su consentimiento[877]. No existiendo óbice para que el derecho del tercero pueda estar gravado por cargas, dada la configuración técnica que de éstas ha hecho la doctrina moderna[878].

12.6. *La promesa por otro*[879]

La promesa por otro se traduce en una convención en virtud de la cual el promitente se compromete con el estipulante que un tercero asuma una obligación. No produce efecto como es lógico contra el tercero hasta que este no acepte obligación. Si el tercero –como es natural– no compromete su responsabilidad y si no asume la obligación o no cumple solo queda acción contra el promitente que incluye daños y perjuicios[880].

La figura está prevista en el 1165 CC: "*El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido*".

La aceptación del tercero no requiere una formalidad determinada, e inclusive podrá ser expresa o tácita, toda vez que rige el principio de libertad de forma. El promitente no se ha obligado a cumplir la prestación del tercero si este no la ejecuta, sino que más bien queda sujeto a indemnizar al promisario, el daño que pueda sufrir por no obtener lo prometido. Si el tercero acepta podrá reclamarle a éste la prestación prometida[881].

La figura no es extraña en algunos contratos en que se ofrecen o más bien se prometen servicios de un tercero, como en materia de seguro[882] o de contrato de obras, donde es común acudir a la figura del subcontrato.

12.7. *Fuerza obligatoria del contrato*[883]

Según apreciamos el contrato tiene entre las partes fuerza de ley. El contrato como negocio jurídico bilateral está regido por diversos principios jurídicos que deben tomarse en cuenta tanto en su *iter* o proceso de formación como

---

[877] *Ibid.*, p. 322.

[878] *Ibid.*, p. 326.

[879] Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 578 y 579; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 312-319; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 441 y 442; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Naturaleza jurídica de la obligación que nace de la promesa de hecho ajeno.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1974.

[880] Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 578 y 579.

[881] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 318.

[882] TSJ/SCC, Sent. 0127 de 22-5-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-0127-220501-00059.htm "En el caso en particular, estamos ante un hecho de un tercero, cuya obligación fue prometida por el principal contratante, SEGUROS PAN AMERICAN C.A.. Dentro de su contratación, prometió el hecho del tercero, vale decir, TALLER TECNO SERVICIOS MENDOZA C.A., y tal como se desprende de las actas acreditadas al expediente; es un hecho conocido, la modalidad de estos servicios, a través del cual una empresa aseguradora, contrata a personas especializadas, para que atiendan a sus clientes en las reparaciones de los daños ocasionados al objeto asegurado. En la situación particular, el hecho de un tercero recae sobre un taller especializado para la reparación del vehículo asegurado por la co-demandada SEGUROS PAN AMERICAN C.A., quien prometió el hecho de ese tercero, TALLER TECNO SERVICIOS MENDOZA C.A."

[883] Véase: LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. I, pp. 265-299; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 114-116.

en su interpretación. Entre los principios que regulan el contrato se citan: el principio de la *buena fe*[884] (CC, 1160)[885], la autonomía de la voluntad[886], libertad contractual, la igualdad de las partes[887], la fuerza obligatoria, reciprocidad en los cambios, su efecto relativo[888]. A lo que agrega la ley a la par de la buena fe, la equidad, el uso y la ley (CC, art. 1160)[889].

En cuanto a la posibilidad de conflicto entre la buena fe y la autonomía de la voluntad se afirma que la buena fe no fue pensada para desplazar a la autonomía privada negocial sino para protegerla y proyectarla dentro de los parámetros marcados por la naturaleza del contrato y lo que sobre éste dispone el orden jurídico. La buena fe, lejos de sustituir la autonomía privada negocial, actúa en su salvaguarda y viene en su ayuda y complementación, dándole flexibilidad y adaptabilidad al acuerdo de las partes, de forma tal que éste se ajuste a la realidad y lo que surja se traduzca en una distribución de riesgos, derechos y obligaciones equitativa[890]. Pues la vigencia del principio permite controlar excesos en el ejercicio del derecho de contratar[891].

De allí que la buena fe sea clave ante instituciones como la teoría de la imprevisión[892] o las cláusulas abusivas[893] y fuera del ámbito contractual ante figuras como el abuso de derecho. También se manifiesta la buena fe a todo

---

[884] Véase: De La Puente y Lavalle, Manuel: *La fuerza de la buena fe*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 273-285; Soto Coahuila, Carlos A.: *La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*. En: Iuridica Nº 2. Universidad Arturo Michelena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas Aníbal Rueda, Valencia, enero-diciembre 2004, pp. 9-46; Anzola, J. Eloy*: El deber de buena fe en los contratos: ¿Puede el franquiciante competir con su franquiciado?"*. En: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 343-370; Acosta Rodríguez, Joaquín Emilio: *La constitucionalización de la buena fe contractual: perspectivas para la seguridad negocial*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 23-34; Oviedo Albán, *ob. cit.*, pp. 12-17, desde el punto de vista objetivo es un deber de obrar leal y correctamente; Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, (*in totum*); Soto Coaguila, *La libertad...*, pp. 344 y 345, es un principio que impone a las personas el deber de actuar conforme a Derecho; Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 166; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 302; Larenz, *ob. cit.*, p. 142, El principio de la buena fe significa que cada uno debe guardar "fidelidad" a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; López Mesa, *ob. cit.*, pp. 329 y 330.

[885] Prólogo de De Los Mozos, José Luis en: Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, p. 15.

[886] Véase *supra* tema 1.5.4. y 1.7.2.

[887] Véase: Serrano Alonso y Serrano Gómez, *ob. cit.*, pp. 22-27.

[888] Alioto y Gabriel de Reina Tartiére, *ob. cit.*, pp. 24-31, agrega la libertad de configuración, esto es, las partes gozan de amplia libertad para escoger el tipo o modelo que su criterio, mejor propenda a la consecución de su objetivo.

[889] Véase: Dominici, *ob. cit.*, pp. 577-579.

[890] Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, p. 57.

[891] *Ibid.*, p. 58.

[892] Véase: *ibid.*, pp. 174-183.

[893] Véase sobre buena fe y cláusulas abusivas: *ibid.*, pp. 74-81; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 592.

lo largo de la dinámica contractual además de la fase precontractual como en la oferta y la aceptación, en instituciones como los vicios del consentimiento[894], en el objeto y la causa del contrato[895], en la responsabilidad civil contractual[896], en la obligación condicional[897], en la excepción de incumplimiento[898], la resolución del contrato[899]; así como en las acciones de nulidad[900], simulación[901] y pauliana[902]. La buena fe se extiende inclusive más allá de la terminación del contrato, aludiéndose en tal caso a la buena fe en la etapa postcontractual[903], cuya vulneración propicia la denominada responsabilidad postcontractual, por ejemplo cuando se viola el deber de reserva[904].

Se concibe "la buena fe como principio fundamental de la relación obligatoria"[905], presentándose como el más importante principio al que se hallan sometidas las partes, siendo el alma de todo contrato[906] y presentado un notable contenido ético[907]. Abarca la buena fe *objetiva* como deber de conducta entre las partes, lealtad, probidad y colaboración; y la buena fe *subjetiva*, que alude a la creencia o confianza en lo declarado (aparentado) externamente por la otra parte[908]. Impone una obligación de lealtad activa. Su contenido y alcance se determinará caso por caso[909].

Algunos han llegado inclusive a considerar la buena fe como una verdadera fuente de las obligaciones[910]. En algunos ordenamientos como el colombiano presenta referencia en el texto constitucional, que en su artículo 83 refiere el deber de los particulares de "actuar de buena fe". Para algunos la buena fe, permite la penetración de la moral en el Derecho Objetivo de los contratos[911]. Pero en todo caso, se concluye que la buena fe conforma

---

[894] Véase: Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, pp. 61 y 62.

[895] *Ibid.*, pp. 81-86.

[896] *Ibid.*, pp. 197-205.

[897] Véase: *Ibid.*, pp. 150-152.

[898] Véase: *Ibid.*, pp. 153-157.

[899] *Ibid.*, pp. 157-170.

[900] *Ibid.*, pp. 183-189.

[901] *Ibid.*, pp. 189-194.

[902] *Ibid.*, pp. 194-196.

[903] *Ibid.*, p. 206.

[904] Véase: LLANOS LAGOS, Leonardo Andrés: *Responsabilidad postcontractual.* Chile, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía: René Ramos Pazos. http://es.scribd.com/doc/55426878/Tesis-Completa-Inidce-INFORMES-ESCANEADOS .

[905] LARENZ, *ob. cit.*, pp. 142-161.

[906] ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 31.

[907] Prólogo de De Los Mozos, José Luis en: *ibid.*, p. 15.

[908] *Ibid.*, p. 32; ANZOLA, *ob. cit.*, pp. 351-353.

[909] ANZOLA, *ob. cit.*, pp. 352 y 353.

[910] Véase: ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 114 y 115, cita a Cossio y a Breccia.

[911] ACOSTA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 27.

principio fundamental del orden jurídico constituyendo una regla ética que establece cómo se debe proceder en la relación obligacional. No supone un contenido predeterminado sino que funciona como una suerte de norma abierta que exige conductas distintas según las circunstancias del caso concreto. La buena fe debe "desempolvarse" y revalorarse en su coexistencia con la autonomía privada[912]. Su abstracción no debe hacernos perder la conciencia de su importancia: pues generalmente sabemos con base a la ética que nos propugna el deber ser. Esa idea que linda con un valor, un principio y hasta con un sentimiento es lo que se desprende de la buena fe, la cual debe orientar la relación jurídica y en particular la relación obligatoria.

13. Interpretación[913]

13.1. *Generalidades e importancia*

Interpretar una declaración de voluntad es averiguar el sentido de la fórmula verbal en que ordinariamente se expresa[914]. Se aclara que no puede equipararse la interpretación abstracta de la ley con la de los contratos que regula intereses concretos[915]. Mediante la interpretación del contrato se trata de averiguar su sentido propio, y en su caso integrarlo. Se comprende en tal noción, la llamada interpretación propiamente dicha y la interpretación integradora. La primera tiene por finalidad obtener la verdadera voluntad del que emite la declaración, tal como resulta de su conducta externa[916]. La interpretación integradora es un intento del Juez de superar su misión

---

[912] Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, p. 215.

[913] Véase: Mélich Orsini, José: *La interpretación y la integración en los contratos.* En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Vol. 43, Nº 107-108-109-110, 1987, pp. 193-233; Mélich Orsini, José: *La interpretación de los contratos.* En: III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Arístides Rengel Romberg. Ciclo de Conferencias en Homenaje a Alberto Baumeister Toledo. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Pérez Llantada, 2000, pp. 37-66; Bermúdez, José Rafael: *La interpretación de contratos y metodología jurídica.* En: Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, Coord. Alfredo Morles e Irene de Valera, Vol. I, pp. 91-116; Ordoqui Castilla, Gustavo: *La interpretación del contrato en el régimen uruguayo.* En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 325-375; Moisset de Espanés, Luis y Benjamín Moisá: *La interpretación de los contratos en la República Argentina.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-25, www.acaderc.org.ar; Estigarribia Bieber, María L.: *Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-31, www.acaderc.org.ar; Alegría, Héctor: *La interpretación de los contratos.* En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 215-252; Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio: *Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 27-45; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 400 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 371-393; Dominici, *ob. cit.*, pp. 589-591; Santos Briz, *ob. cit.*, pp. 159-190; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 617-648; López Santa María, *ob. cit.*, T. II, pp. 411-540; Lasarte, *Curso...*, pp. 381-390; Morello, *ob. cit.*, pp. 71-90; Vinini, *ob. cit.*, pp. 32-45.

[914] Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 299.

[915] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 446; Bermúdez, *ob. cit.*, p. 95, la doctrina se refiere a la interpretación del contrato separada de la interpretación de la ley.

[916] Santos Briz, *ob. cit.*, p. 159.

judicial y establecer regulaciones asumiendo una falta de configuración contractual y en fin de valoración jurídica[917] . La interpretación integradora ha de hallar un apoyo suficiente en el contenido total del contrato, y no puede pronunciarse en contraposición con lo que se derive de la interpretación de la declaración de una de las partes o del sentido que le haya dado el destinatario[918].

Así por ejemplo en la legislación española se alude al principio de conservación del contrato (CC esp., art. 1284) según el cual si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efecto; la interpretación sistemática (CC esp., art. 1285) según el cual las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas: la interpretación finalista (CC esp. art. 1286) por el cual las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato[919].

El contrato por bien redactado que esté y por mucho que las partes hayan pensado sobre él, siempre será incompleto, en tal caso algunos aluden a integración[920]. La integración del contrato tiene como finalidad buscar reglas de la disciplina contractual que la declaración de voluntad no suministra[921].

Mélich a propósito de la interpretación e integración[922] de los contratos indica que el asunto se debate entre el método subjetivo o clásico y el método objetivo o social. El artículo 12[923] del Código de Procedimiento Civil supone el subjetivo por aludir a la intención de las partes. Pero el elemento objetivo vendría dado por la libertad del intérprete en su perspectiva técnico o social. A veces la intención de las partes será la intención de la ley[924]. Y en todo caso, como sucede en materia de interpretación en general[925], la interpretación gramatical no ha de predominar sobre la voluntad de las partes y la buena fe[926], pues puede mediar por ejemplo un error evidente de una frase o monto que no se corresponde con el conjunto del contrato o la voluntad de la partes. Se refiere que entre reglas de otros países se ubica

---

917 *Ibid.*, pp. 163 y 164.

918 LARENZ, *ob. cit.*, p. 120.

919 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 451 y 452.

920 LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 301; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 458.

921 LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 260.

922 MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 380, que permitiría llenar lagunas.

923 "*En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira, las exigencias de la ley, la verdad y la buena fe*".

924 *Ibid.*, p. 405.

925 Véase no obstante: SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 159, los autores suelen diferenciar la interpretación de la ley de la interpretación de los contratos.

926 MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 407; LARENZ, *ob. cit.*, p. 118.

que entre dos sentidos, debe escogerse el que más se adapte a la naturaleza del contrato; favorecer la liberación del deudor, *la buena fe*[927] y la justicia.

Por otra parte, la interpretación de la voluntad ha de ser la del consentimiento común de los contratantes y no una voluntad aislada[928], la cual debe ser interpretada conforme a la buena fe y el apoyo de los métodos hermenéuticos[929].

13.2. *Interpretación de los contratos por el Juez*[930]

La calificación del contrato depende de la ley y no de las partes. El Juez podrá calificar e interpretar según las normas del orden legal. Cuando el juez interpreta el contrato esencialmente debe dedicarse a investigar lo que han querido las partes. Se dice que la interpretación de la ley es dinámica porque existe un trabajo de reconstrucción de parte del Juez, en tanto que la interpretación contractual es estática porque el Juez no tiene la posibilidad de modificar o rehacer el contrato; debe respetar la voluntad contractual[931].

El Juez debe considerar ciertos principios a tal fin[932] tales como la buena fe, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos o principio de la intangibilidad del contrato[933], el efecto relativo de los contratos que indica el artículo 1160 CC, equidad procurando igualdad, uso si no es *contra legem*. Se agrega que deberá guiarse por la verdad y la voluntad de las partes, aplicar la ley en lo no previsto por las partes. Permitir la vigencia de la autonomía de la voluntad en los casos en que no se trate de normas imperativas. Refiere Palacios Herrera que si existe una cláusula clara y el Juez afecta su sentido habrá casación, pues el Juez por mandato de la ley no puede violar lo que las partes han convenido pero si hay una cláusula oscura y el Juez soberanamente la interpreta, lo decidido por él no es recurrible en casación[934].

---

927 Véase sobre la buena fe y la interpretación del contrato: Ordoqui Castilla, *Buena fe*..., pp. 92-112; Alegría, *ob. cit.*, pp. 236 y 237; Jaramillo Jaramillo, *ob. cit.*, p. 40, la interpretación ha de estar siempre en función de la justicia contractual y , claro está, de la buena fe.

928 Bermúdez, *ob. cit.*, p. 109.

929 *Ibid.*, p. 116.

930 Véase: Escovar León, Ramón*: La interpretación de los contratos, la casación en la obra de José Mélich Orsini.* En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 141-167; Urbina Mendoza, Emilio J.: *La interpretación de los contratos y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil Venezolana (1875-2005).* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 365-430; Barrios, Haydee: *La interpretación del contrato por el Juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado.* En: Libro Homenaje a José Mélich Orsini**.** Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1982, Vol. I, pp. 21-186; Mélich Orsini, *Doctrina*..., pp. 377-426; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 73-76.

931 Larroumet, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 112 y 113.

932 Véase: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 22-27.

933 Véase: Mélich Orsini, *Doctrina*...pp. 427-449; Planchart Pocaterra, *Los contratos...,* pp. 294-297.

934 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 227.

En efecto se afirma que lo que pertenezca al fuero interno o sea de la conciencia de los jueces de instancia no es denunciable en casación[935]. Es jurisprudencia reiterada que la interpretación de los contratos es materia reservada a los jueces de instancia, de la cual sólo puede conocer casación cuando se denuncie la comisión por el juez de suposición falsa, o un error en la calificación del contrato[936]. Se alude en este sentido inclusive a la desnaturalización o tergiversación del contrato[937]. En todo caso se afirma a propósito de ésta última, que debe privilegiarse una interpretación que permita abordar el fondo de los litigios, que impere el fondo sobre la forma[938] y que la interpretación judicial de los contratos debe encontrar la manera para poder insertarse dentro de los diversos métodos diseñados por la teoría de la interpretación contemporánea[939].

La voluntad real de los contratantes ha de prevalecer sobre sus palabras cuando éstas sean contrarias a aquélla[940]. "La claridad más que en los términos del contrato, ha de estar y verse en la intención de los contratantes"[941]. Con relación al valor que a la buena fe le pueda conceder el Juzgador se ha indicado acertadamente: "una de las principales funciones de la buena fe como estándar jurídico es permitir la movilidad y adaptabilidad del Derecho de las Obligaciones. Abre el sistema jurídico para que entren pautas de valor ético que permiten un derecho contractual justo en respuesta a las circunstancias del caso. Legítima el actuar del Juez cuando establece criterios de conducta debida aun no previstos por las partes ... establece que la buena fe cumple, desde este punto de vista, una <<función individualizadora>> propiciando el <<derecho del caso>>"[942].

La Sala de Casación Civil señaló el criterio conforme al cual es posible combatir en casación las conclusiones jurídicas a las que arribó el juez, producto de la desnaturalización de los contratos, en los casos de denuncias de suposición falsa por desviación ideológica[943]. Criterio éste último que a

[935] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 384.

[936] TSJ/SCC, Sent. Nº 279 del 31-5-02, http://www.**tsj**.gov.ve/decisiones/**scc**/mayo/RC-0279-310502-01332.HTM; TSJ/SCC, Sent. 336 del 28-7-03, http://www.**tsj**.gov.ve/decisiones/**scc**/julio/RC-00336-230703-01959.HTM Los jueces son soberanos en la interpretación de los contratos, salvo que el sentenciador hubiese tergiversado su contenido, lo que equivale al primer caso de suposición falsa.

[937] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 605 del 10-8-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.000605-10812-2012-11-549.html; TSJ/SCC, Sent. Nº 728 del 22-11-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.000728-221112-2012-11-690.html.

[938] Escovar León, *ob. cit.*, p. 167.

[939] Urbina Cabello, *ob. cit.*, p. 430

[940] Santos Briz, *ob. cit.*, p. 173

[941] Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 300, refiere que así lo ha indicado diversas sentencias españolas.

[942] Ordoqui Castilla, *Buena fe...*, p. 56.

[943] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000187 del 26-5-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000187-26510-2010-09-532.html.

juicio de la Sala Constitucional debe ser mantenido en situaciones análogas y sin perjuicio de formalismo excesivo[944].

14. Contratos bilaterales. Reglas y acciones[945]

14.1. *La excepción de incumplimiento o non adimpleti contractus*[946]

14.1.1. *Noción, fundamento y funciones*

"Con frecuencia una de las partes de un contrato bilateral no cumple con sus obligaciones y pretende, a su vez, que la otra ejecute las suyas. La ley le concede entonces a esta última un medio de defensa para paralizar la acción de aquélla. Este remedio defensivo que le permite al contratante denegar la ejecución de la prestación por él debida en tanto no se cumpla la contraprestación que se le adeude es la *exceptio non adimpleti contractus* (también llamada excepción de incumplimiento contractual, o excepción de contrato no cumplido o de toma y daca). Su finalidad es preservar el equilibrio durante la vida del contrato. En síntesis, <<no cumplo porque tu no cumples>>"[947].

Prevé el artículo 1168 CC: "*En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de dos obligaciones*"[948].

La excepción guarda relación con la teoría de los riesgos y con la acción resolutoria[949]. "la excepción *non adimpleti contractus,* contenida en el artículo 1.168 del Código Civil, tiene lugar cuando uno de los contratantes se niega a ejecutar su obligación si el otro no cumple o ejecuta la suya; ello con el fin de suspender la correlatividad de la obligación que tiene el excepcionante con la contraparte, hasta tanto el co-contratante no ejecute primero la

---

944 Véase: TSJ/SConst., Sent. Nº 651 del 30-5-13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/651-30513-2013-12-1307.html.

945 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 501-532; Condoleo, Néstor: *Efectos propios de los contratos bilaterales*. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 267-283.

946 Véase: Urdaneta Fontiveros, Enrique: *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus.* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 103, 2013; Pizarro Wilson, Carlos: *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños.* Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 525-545 (también en: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/.../Excepcion%20incumplimiento.pdf); Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 753-783; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 501-507; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 273-279; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 467-470, Sequera, *ob. cit.*, pp. 212-223; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 353-363; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 99-102; Salas, *ob. cit.*, pp. 231-244; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 374-382; López y López y otros, *ob. cit.*, p. 164; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 124-126; Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 293; López Santa María, *ob. cit.*, T. II, pp. 547-553, Condoleo, *ob. cit.*, pp. 271-273; Annicchiarico, *Un nuevo...,* pp. 318-320; Mantilla Espinoza, Fabricio: *La excepción de inejecución.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/ Universidad del Rosario, 2008.

947 Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, p. 1.

948 Véase: *ibid.*, p. 4, la norma fue incluida en el CC de 1942 siguiendo el Proyecto Franco italiano de las Obligaciones.

949 Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 243,

obligación que contrajo con el excepcionante, mediante la celebración de un contrato bilateral. (Sentencia Nº 615 de fecha 27 de septiembre de 2012)"[950]

El fundamento jurídico de la institución ha sido ligado al concepto de contrato sinalagmático o contrato bilateral perfecto, considerándose como una de las consecuencias de éste aunque tal postura no es compartida por las legislaciones[951]. Es exclusiva pues de los contratos "bilaterales"[952] pues su estructura se basa en la reciprocidad de las obligaciones. Ha sido definida como la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de negarse a ejecutar su obligación si la otra parte le exige el cumplimiento sin haber ejecutado la suya salvo que aquélla esté obligada a cumplir con carácter previo[953].

En virtud de esta excepción, también conocida hoy como excepción de incumplimiento contractual, el contratante que no se ha obligado a adelantar su prestación puede rechazar la pretensión de cumplimiento de la otra parte en tanto que ésta a su vez no cumpla u ofrezca cumplir la suya. Es un medio de autotutela de los contratantes que libera al demandado que lo emplea del riesgo de anticipar su prestación a la de la otra parte. Su fundamento tiende a verse en la regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales[954]. De hecho se afirma que no prospera la excepción de contrato no cumplido si no es simultánea la ejecución de las obligaciones. Por lo se exige que se trata de contratos bilaterales y que no se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de la obligación de ambas partes. Por lo que afirma que se precisa simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones[955].

Se indica que cumple fundamentalmente dos funciones: una de *garantía* y por otra parte como *medida de presión* para inducir al cumplimiento[956]. Entre las teorías que justifican su procedencia se citan: la teoría de la causa[957], la teoría de la interdependencia de las prestaciones, la teoría del sinalagma funcional, la *exceptio* como un diminutivo de la resolución, la buena fe y la equidad[958], la voluntad presunta de las partes[959]. Entre sus funciones

950 TSJ/SCC, Sent. 487 del 6-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180477-RC.000487-6815-2015-15-061.HTML.

951 Salas, *ob. cit.*, p. 231.

952 Véase: Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 47-83.

953 *Ibid.*, p. 3.

954 Rodríguez-Rosado, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 83.

955 DFMS5CM, J.R.G., T. 75, pp. 88-99, ha de tratarse de una obligación, simultánea, esto es, "*dando y dando*".

956 Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 25 y 26.

957 Véase: Salas, *ob. cit.*, p. 233, se fundamenta en que la causa del contrato es el cumplimiento de la otra parte. Aunque algunos ven erróneo referir su fundamento a la teoría de la causa; Sequera, *ob. cit.*, p. 214, si falta el cumplimiento de la obligación de un contratante la obligación del otro queda sin causa.

958 Véase: Sequera, *ob. cit.*, p. 213, algunos ven la excepción fundada en la equidad.

959 Véase: Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 13-23.

se ubica la fuerza obligatoria del contrato o una forma de justicia privada; una suerte de resolución de facto ante la conformidad del contratante requirente[960]. No tiene derecho a exigir el cumplimiento a la otra parte, aquella que no cumple o no ofrece cumplir su respectiva obligación[961].

La excepción es expresión de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones[962]. Si ambas obligaciones han sido contraídas como puras (no sujetas a término o condición) ninguno de los contratantes tiene derecho a pedir al otro que adelante su prestación. En consecuencia, y como táctica defensiva, el obligado recíprocamente que se vea compelido al cumplimiento puede condicionar a éste y neutralizar aquella reclamación oponiendo la falta de cumplimiento del reclamante. Ahora bien, la falta de cumplimiento de la contraobligación no legítima para liberarse definitivamente de cumplir la propia. Se trata únicamente de posponer el cumplimiento reclamado hasta que el reclamante cumpla o éste dispuesto a cumplir lo que a su vez le incumbe[963].

"No cabe duda que la excepción por incumplimiento contractual puede significar un impulso a la ejecución de las obligaciones contractuales. Ante el requerimiento del acreedor para la ejecución del contrato, el deudor interpelado puede oponerse argumentando el recíproco incumplimiento. Esta actitud del deudor requerido de manera extrajudicial puede impulsar a la contraparte a ejecutar su propia obligación. Sólo una vez que el interesado en la ejecución completa del contrato haya cumplido su propia obligación podrá a su turno exigir, esta vez de manera justificada, el cumplimiento íntegro de las obligaciones respecto de las cuales detenta la calidad de acreedor. La justificación basada en el incumplimiento recíproco se ha buscado en la causa del contrato. La obligación de cada parte encontraría su causa en la obligación recíproca. De manera tal que el incumplimiento por una de las partes excluiría la causa de la obligación recíproca. Sin embargo, el fundamento causal de la excepción, citado también a propósito de la resolución, sólo puede aceptarse si la causa se considera no sólo un elemento de la perfección del contrato, sino, siguiendo a Capitant, un elemento que persiste durante la ejecución del contrato"[964].

La denominada *exceptio non adimpleti contractus* representa una manifestación de la fuerza obligatoria del contrato, pues permite al deudor de una obligación justificar su incumplimiento por la recíproca inejecución de su contraparte[965]. La "excepción de contrato no cumplido" se configura "como una excepción de derecho sustantivo o material y que se articula

---

[960] Pizarro Wilson, *La excepción...*, pp. 528-530.

[961] Acedo Penco, *ob. cit.*, p. 202.

[962] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 467.

[963] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 125.

[964] Pizarro Wilson, *La excepción...* http://*www.fundacionfueyo.udp.cl/.../Excepcion%20incumplimiento.pdf*.

[965] *Idem.*

como un medio de defensa que posee el deudor de una obligación recíproca o sinalagmática que lo legitima para la falta de ejecución de la prestación que le corresponde motivado al recíproco incumplimiento de su contraparte"[966]. Es pues un medio de excepción, oposición o defensa que se funda pues en la ejecución simultánea de las obligaciones que surge de un contrato bilateral basada en la justicia[967].

Salvo que la ley o la voluntad de las partes establezcan otra cosa, las prestaciones que corresponden a cada uno de los sujetos deben realizarse simultáneamente. De tal manera que si una de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento de su prestación, sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer la llamada "excepción de contrato no cumplido" *(exceptio non adimpleti contractus)*[968]. El artículo 1493[969] del CC presenta una idea inspirada en la figura al margen de la no simultaneidad de la prestación[970]. En cuanto a qué prestación ha de realizarse primero habrá de atenderse a falta de otro criterio a los usos del tráfico.[971]

Se diferencia de la acción resolutoria[972], de la compensación[973], de la reconvención[974] y del derecho de retención[975] el cual tiene naturaleza real, requiere del no pago y no es divisible (CC, art. 795). El derecho de retención consiste en la facultad que la ley otorga en ciertos casos al acreedor para que con-

---

[966] *La "exceptio non adimpleti contractus",* Crovetto abogados asociados, crovettoabogadosasociados. es/.../la-exceptio-**non-adimpleti-contractus**/.

[967] Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, p. 3.

[968] Lete del Río, *ob. cit.,* p. 78.

[969] *"El vendedor que no ha acordado plazo para el pago no está obligado a entregar la cosa si el comprador no paga el precio. Tampoco está obligado a hacer la entrega, aun cuando haya acordado plazo para el pago del precio, si después de la venta el comprador se hace insolvente o cae en estado de quiebra, de suerte que el vendedor se encuentre en peligro inminente de perder el precio, a menos que se dé caución de pagar en el plazo convenido".*

[970] TSJ/SCC, Sent. Nº 000225 del 20-5-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000225-20511-2011-10-685.html " De manera que, el *ad quem* ante tal circunstancia estimó que ese pago parcial, el cual, fue admitido por el comprador mediante documento reconocido, le confiere al vendedor el derecho a negarse a cumplir con la obligación de la entrega del inmueble hasta tanto se produzca dicho pago, tal y como, lo consagra el artículo 1.493 del Código Civil, normativa ésta que excusa la obligación del vendedor ante la no cancelación".

[971] Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, p. 104.

[972] Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 42-44; Pizarro Wilson, *La excepción...,* pp. 531-538.

[973] Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, p. 40-42.

[974] *Ibid.*, p. 45.

[975] Véase: Salas, *ob. cit.,* pp. 235-237. Véase *ibid.*, p. 237, el derecho de retención es una garantía de pago mientras que la excepción es el equivalente de la deuda lo que se asegura; Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 35-40. Véase sobre el derecho de retención: Leiva Fernández, Luis F.P.: *Derecho de retención.* Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 2, es la facultad de continuar, permanecer o mantenerse en la tenencia de una cosa, *ibid.*, p. 110, se sostiene que comparte el fundamento con la excepción de incumplimiento contractual, pero se omite referirlo a un principio más alto y general, a la par que sólo se autoriza a aplicarlo al ejercicio de la facultad de retención ejercida a raíz de una obligación de fuente contractual, quedando todos los demás casos desprovistos de sustento, salvo tener que admitir la existencia de fundamentos diversos y no concurrentes. Por lo que la comparación es insatisfactoria.

serve en su poder una cosa del deudor que ya tenía legítimamente hasta tanto éste satisfaga su crédito[976]; su efecto es el de autorizar al acreedor a la conservación y no devolución de la cosa hasta que el deudor no satisfaga el crédito[977]. La excepción en estudio constituye el reverso de la moneda de la acción resolutoria[978] respecto de la que también presenta diferencias, entre las que se ubica que la acción pretende liberar del contrato y la excepción postergar su cumplimiento[979].

Debe tratarse de incumplimiento culposo porque de lo contrario aplica la teoría de los riesgos; debe tratarse de un incumplimiento de importancia y no menor[980]. Puede el incumplimiento consistir en una pago parcial (CC, 1291). "Por regla general la excepción de incumplimiento contractual no pretende el término del contrato, sino impulsar al otro contratante a la ejecución de su obligación, lo cual tendrá como consecuencia justificar el cumplimiento íntegro de las obligaciones contractuales. Sin embargo, también es posible que la abstención en el cumplimiento desencadene de facto el término del contrato ante la desidia del otro contratante."[981].

14.1.2. *Procedencia, efectos, extinción*

En la doctrina patria se indican como supuestos de *procedencia* de la excepción[982].

a. La existencia de obligaciones reciprocas nacidas de un contrato bilateral.

b. El incumplimiento de la parte a quien se le opone la excepción.

c. las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo[983].

d. La invocación de la excepción no debe ser contraria a la buena fe[984].

e. Se requiere cierta gravedad[985].

g. No procede su alegación cuando el incumplimiento procede de caso fortuito[986].

---

976 Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 147.

977 Véase: *ibid.*, p. 149.

978 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 273.

979 Véase: Salas, *ob. cit.*, pp. 237-239.

980 Véase: Lagrange, *Apuntes...*, indica que no es procedente respecto de incumplimientos de "poca monta".

981 Pizarro Wilson, *La excepción...,* http://*www.fundacionfueyo.udp.cl/.../Excepcion%20incumplimiento.pdf* .

982 Véase: Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...,* pp. 85-147.

983 Véase sin embargo, referencia citada *supra* sobre el artículo 1.493 CC en materia de compraventa y TSJ/SCC, Sent. Nº 000225 del 20-5-11.

984 Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 85-147.

985 Sequera, *ob. cit.*, p. 215, no todo incumplimiento puede fundamentar la excepción *non adimpleti contractus.*

986 *Ibid.*, pp. 217 y 218.

La excepción puede ser opuesta obviamente por el deudor, pero también por sus causahabientes a título particular (ej. El cesionario del crédito, por el acreedor del deudor por vía de acción oblicua y por el fiador). A su vez, puede oponerse al contratante incumplidor y a sus herederos y causahabientes a título particular, lo mismo que al cesionario del crédito o del contrato. Cabría frente a los acreedores del contratante incumplidor que mediante acción oblicua exijan el cumplimiento del contrato no ejecutado por su deudor[987].

Efectos[988]: La excepción suspende los efectos del contrato (no lo extingue) salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo[989]. Por lo que su efecto principal es meramente suspensivo[990], a saber, suspender provisionalmente el cumplimiento de la obligación por parte del *excipiens* mientras que el reclamante cumpla. Entre los efectos derivados de dicha suspensión se citan: en principio la suspensión total de la prestación, impide toda ejecución forzosa de la obligación, la improcedencia de la compensación del crédito derivado de la relación, no coloca al excepcionante en mora *solvendi* ni al excepcionado en mora *acreendi*; el *excipiens* no debe hacer imposible la reanudación del contrato; no interrumpe ni suspende la prescripción[991].

Se trata de un medio de oposición a la demanda configurado como auténtica y propia excepción, es decir, como un contraderecho que permite al demandado paralizar la pretensión del demandante. De allí su necesidad de alegación por el demandado pues el Juez no puede suplirla de oficio[992]. Pero cuya procedencia no se limita al ámbito judicial, toda vez que es un medio de defensa que puede presentarse en el ámbito judicial o extrajudicial[993]. En efecto, no requiere de intervención judicial[994] aunque el demandado por resolución puede oponer la *exceptio*, así como se puede oponer la exceptio y reconvenir al actor[995]. De hecho ha afirmado Casación que “la *excepción non adimpleti contractus* no es óbice para el análisis de la pretensión reconvencional primaria por resolución de contrato[996].

---

[987] *Ibid.*, pp. 149 y 150. Véase sobre la procedencia de la *exceptio* en las obligaciones solidarias e indivisibles (*ibid.*, pp. 152 y 153).

[988] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 470.

[989] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 507, deja insubsistente el contrato.

[990] Sequera, *ob. cit.*, p. 218.

[991] Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 155-167.

[992] Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, pp. 84 y 85.

[993] Pizarro Wilson, *La excepción...*, p. 545; Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, p. 31, se insiste en que se trata de una excepción de derecho sustancial y no procesal puesto que no se refiere al modo de provocar la intervención del órgano jurisdiccional; comporta la alegación de un hecho impeditivo de la pretensión deducida por el actor. Pero precisa ser alegada por el demandado pues el Juez no la puede suplir de oficio y sólo paraliza temporalmente la pretensión del demandante.

[994] Véase: Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 183 y 184.

[995] *Ibid.*, pp. 187-190.

[996] Véase: TSJ/SCC, Sent. 401 del 20-7-09, “Pero el hecho de que fuera acogida la *excepción non adimpleti contractus*, no era óbice u obstáculo para el análisis de la pretensión reconvencional primaria

La *exceptio no adimpleti contractus* puede renunciarse expresa o tácitamente pues no compete al orden público[997]; es pues enteramente disponible. Finalmente cabe indicar en cuanto a la extinción de los efectos de la *exceptio* que además de la renuncia, el cumplimiento o la transacción, la extinción de los efectos también puede producirse por la cesación del propio fundamento de la *exceptio*, sea porque cese la relación de reciprocidad entre las obligaciones surgidas del contrato bilateral o por faltar la simultaneidad en el cumplimiento de la misma[998]. Refiere Ochoa que el acreedor que abusa de alegar la excepción puede ser responsable por daños y perjuicios[999].

14.1.3. *Exceptio non rite adimpleti contractus* y carga de la prueba

En otras legislaciones como la española la doctrina distingue como variación o subespecie de la presente excepción, la *exceptio non rite adimpleti contractus*, o *excepción de cumplimiento defectuoso*, relativa a los casos en que la prestación del demandante no habría sido cumplida correctamente. Su fundamento también radica en la regla del cumplimiento simultáneo y protege la negativa a cumplir del demandado que la alega en tanto que su cumplimiento supondría un exceso respecto a la prestación efectivamente cumplida por el demandante. Con todo, el hecho de que el demandante ya haya cumplido, por más que parcial o incorrectamente, va a determinar unos efectos especiales, pues igualmente resultaría contrario a la regla del cumplimiento simultáneo que el demandado se niegue a cualquier cumplimiento amparándose en el cumplimiento defectuoso del otro[1000]. La misma no aplicaría para el caso del cumplimiento retrasado según algunos[1001].

Tal excepción sirve para ser opuesta al demandante que ha dejado de cumplir sólo una parte de la obligación. Por ejemplo, el comprador que, aun cuando ha pagado el precio, no ha cancelado los gastos del contrato. Está expuesto a que el vendedor le oponga esta excepción para negarle la tradición de la cosa vendida[1002]. Sin embargo, en cuanto a la *carga de la prueba* se distingue: como la *exceptio non adimpleti contractus* se fundamenta en

---

por resolución de contrato. En otras palabras, que se haya determinado el incumplimiento del demandante y la justificación de la inercia del demandado en el cumplimiento de su prestación, no significaba que el Juez se veía impedido en continuar adelante con el análisis de la reconvención por resolución de contrato, pues el pronunciamiento sobre la excepción *non adimpleti contractus* no entraría en colisión con un análisis sobre la pretensión por resolución contractual. Si bien la excepción *non adimpleti contractus* es una defensa con características distintas a la pretensión de resolución de contrato, tal diferencia no genera un impedimento en el análisis de la segunda, ni un contrasentido jurídico.

997 Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, pp. 169-173.

998 *Ibid.*, p. 175.

999 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 470.

1000 Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, p. 84. Véase también: López y López y otros, *ob. cit.*, p. 164, aceptada por la jurisprudencia como una modalidad de la excepción de incumplimiento para el caso de que el demandante haya cumplido parcialmente o de manera defectuosa y hasta tanto se verifique el cumplimiento ajustado a los límites de la obligación; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 126.

1001 Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, p. 108.

1002 Sequera, *ob. cit.*, p. 220.

la falta de cumplimiento de la obligación del demandante, el *excipiens* lo único que tiene que demostrar son los hechos constitutivos de su pretensión, especialmente la existencia de su contracrédito contra el actor. El demandante excepcionado tendrá que demostrar el pago o cumplimiento. En cambio cuando existe incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, el demandante excepcionado pretenderá que ha cumplido satisfactoriamente su obligación, correspondiéndole inevitablemente al demandado excepcionante que ha opuesto la *exceptio non rite adimpleti contractus* demostrar que el incumplimiento fue defectuoso o insuficiente[1003].

14.2. *La acción resolutoria*[1004]

14.2.1. *Noción*

Dispone el artículo 1167 CC: "*En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello*".

Se trata a decir de Palacios Herrera de una disposición derogatoria del Derecho Común según el cual una vez contraída la obligación se está obligado a cumplirla[1005]. "El artículo precedentemente transcrito establece opciones a los contratantes en caso de que una de las partes no ejecute la obligación, la otra, a su elección, podrá reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo. (Sentencia Nº 760 de fecha 2 de diciembre de 2014)"[1006].

[1003] Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico...*, p. 193.

[1004] Véase: Guerrero-Quintero, Gilberto: *La resolución del contrato (Principios Generales),* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 4ª edic., 2013; Mélich Orsini, José: *La resolución del contrato por incumplimiento.* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2ª edic. 1ª reimpresión, 2003; Mélich Orsini, José: *Perfiles de la resolución de los contratos y los riesgos de una alta jurisprudencia "light".* En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Vol. 66, Nº 136, 1999, pp. 187-200; Sosa Brito, Domingo: *La resolución judicial del contrato de arrendamiento. Sus efectos fundamentales.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, TSJ, 2004, Tomo II, pp. 527-557; Vidal Olivares, Álvaro: *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños.* Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 461-485; Mantilla Espinoza, Fabricio y Francisco Ternera Barrios: *La resolución.* En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 247-276; Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, pp. 115 y ss.; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 721-751; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 508-520; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 236-273; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 471-494; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 260-270; Annicchiarico, *Un nuevo...*, pp. 320-326; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 91-97; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 333-351; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 128-147; Carnelli y Cafaro, *ob. cit.*, pp. 175 y ss.

[1005] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 260, si se aplicara este principio a los contratos bilaterales, por el hecho de que una de las partes no cumpla con su obligación, la otra no tendría la facultad de ser liberada de la suya. Cuando más podría demandar a la otra parte que cumpliera o bien, si ello fuere imposible, para que la indemnizara de daños y perjuicios por incumplimiento. Pero no cabría que ella alegara que el incumplimiento de la otra parte le permitiera a su vez no cumplir con la suya. Pero esta regla es la que acoge el artículo 1167 CC.

[1006] TSJ/SCC, Sent. 487 de 6-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180477-RC.000487-6815-2015-15-061.HTML; TSJ/SCC, Sent.Nº 00040 de 29-3-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/

La resolución constituye uno de los remedios de que dispone el acreedor y su objeto consiste en permitirle satisfacer su interés a pesar del incumplimiento[1007]. Es la facultad que tiene una de las partes en un contrato bilateral de pedir la terminación del mismo dado el incumplimiento de la otra parte y ser libertado de su obligación. Es la culminación por incumplimiento culposo de un contrato bilateral: no aplica a las convenciones unilaterales ni tampoco a las sinalagmáticas imperfectas (no son bilaterales completamente). La resolución se diferencia de la nulidad porque a diferencia de ésta, en la figura bajo análisis el vínculo nace válidamente. Y de la rescisión que acontece cuando acontece una desproporción excesiva de las prestaciones[1008]. Y se diferencia de la disolución en que las partes de mutuo acuerdo deciden extinguir el contrato (CC, art. 1159). Se diferencia de la revocación que procede a voluntad de una de las partes en determinados contratos (mandato, sociedades por tiempo ilimitado). Y se diferencia de la excepción de incumplimiento en que la resolución termina el contrato mientras que la excepción lo suspende; la resolución es retroactiva y es una "acción" y a diferencia de la "excepción" que es una defensa[1009]. En efecto, aclara Mélich que la resolución del contrato no puede operar por vía de excepción; a todo evento por vía de "reconvención"[1010].

Se dice que su antecedente fue la *lex commisoria* del Derecho Romano aunque no se corresponde en esencia. "El Derecho romano desconocía la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales, si bien en la compraventa con precio aplazado era frecuente una cláusula adicional, llamada *lex commisoria,* en virtud de la cual si el precio no era abonado dentro del plazo fijado se resolvía la compraventa y volvía la cosa al vendedor. En la Edad Media, los canonistas hablan de una *condición tácita*, aunque no se hubiere pactado, por entender que todo contrato se celebra si *fides servetur*. Pero fue el Derecho Consuetudinario francés el que consagró esta posibilidad de resolución"[1011]. Su fundamento o justificación puede encontrarse en la interdependencia de las obligaciones correspectivas que tienen lugar en el contrato bilateral, en que las obligaciones a cargo de uno de los contratantes es la causa de las que están a cargo del otro[1012]. Para otros se perfila como una sanción al incumplimiento[1013].

---

scc/Marzo/RC-00040-290305-04624.htm "De la interpretación de la norma trascrita, se evidencia que en los supuestos en los que se incumplan las obligaciones pactadas en un contrato, los suscritores tendrán la posibilidad de reclamar el cumplimiento o la rescisión del mismo. Se dan, entonces, dos posibilidades a tales efectos y ello a elección del perjudicado.

1007 Vidal Olivares, *El incumplimiento resolutorio...,* p. 485.

1008 Véase: Mélich Orsini, *Doctrina...,* p. 505.

1009 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 520.

1010 Mélich Orsini, *La resolución...*, pp. 293 y 295.

1011 Lete del Río, *ob. cit.*, p. 79.

1012 Guerrero-Quintero, *ob. cit.*, p. 147; Mantilla Espinoza y Ternera Barrios, *ob. cit.*, p. 252, cierta doctrina ha tratado de explicar la resolución de los contratos mediante la teoría general de la causa.

1013 Ochoa Gómez, *ob. cit.,* T. II, p. 481.

14.2.2. *Condiciones o requisitos*[1014]

La doctrina cita entre las condiciones o requisitos de la acción resolutoria:

a. Incumplimiento de la obligación.

b. El incumplimiento debe provenir de la culpa del deudor[1015].

c. Es indispensable la intervención judicial[1016], a diferencia de la excepción de incumplimiento que bien puede ser extrajudicial.

d. Se precisa contrato bilateral (hay excepciones de contratos bilaterales en los que no procede (CC, art. 1796, renta vitalicia)[1017].

e. La legitimación activa para proponer la resolución le corresponde al acreedor de la obligación incumplida[1018].

f. Es necesario que el Juez declare la resolución.

g. *No es una acción una acción subsidiaria* a la de cumplimiento[1019].

h. La pueden solicitar las partes o sus causahabientes universales.

i. Buena fe del demandante[1020].

j. Se afirma que ha de tratarse de un incumplimiento *sustancial*[1021] *o esencial*[1022] y no superfluo.

Efectivamente uno de los aspectos más álgidos de la acción resolutoria radica sobre qué debe tratarse de un incumplimiento *grave*[1023] de una

[1014] *Ibid.*, pp. 483-487; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 248-263,

[1015] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 252-253.

[1016] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 267; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 258 y 259.

[1017] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 263 y 264, así por excepción la acción de resolución no aplica a algunos contratos bilaterales como la renta vitalicia porque es aleatoria (se ignora el monto). En la partición no aplica pues intervienen múltiples personas. Si bien procede respecto de los contratos bilaterales se plantea si sería aplicable a todas las demás relaciones sinalagmáticas que no sean bilaterales o a los contratos sinalagmáticos imperfectos, aunque estos no producen obligaciones recíprocas en las que se basa la presente acción. Se plantea discusión con el comodato, la prenda y la propia cesión de crédito; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 483; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 248-250.

[1018] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, p. 260.

[1019] Véase: TSJ/SCC, Sent. 000461 del 5-10-11, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000461-51011-2011-11-160.html; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 23-2-11, Exp. 5846, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/1428-23-5846-.html.

[1020] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 255-258.

[1021] Véase: Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, pp. 207-209.

[1022] Véase *ibid.*, pp. 211 y ss. y 216 y 223, es discutible por ejemplo que pretenda repetir la jurisprudencia española el carácter principal de la obligación incumplida y por tal que no cabría resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias; que el mero retraso salvo el caso de termino esencial no da lugar a la resolución por lo que hay que calibrar su importancia; Vidal Olivares; Álvaro: *La noción de "incumplimiento esencial" en el Código Civil.* En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 487-523.

[1023] Así lo refería en su conferencia: Gorrín Falcón, Guillermo: *Actuales propuestas en Venezuela para la determinación de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución del contra-*

obligación principal y no meramente accesoria[1024]. Es decir que no todo incumplimiento propicia la acción de resolución; ha de ser de cierta entidad y no de poca monta, aspecto que le tocará dilucidar al Juzgador. Por lo que "uno de los aspectos más problemáticos de la resolución radica en la dificultad de determinar qué incumplimiento puede dar lugar a su ejercicio. Ciertamente, una perfecta definición de los supuestos que dan lugar a la resolución es de suyo imposible, pues todo incumplimiento está formado por unos hechos que varían de caso en caso, y que además vendrán condicionados por las posibilidades probatorias. En todo caso, es una cuestión fáctica de la soberana apreciación del Juez de Instancia y por ende ajena a Casación"[1025].

De allí que se afirme que el ejercicio del derecho no puede ser el resultado de una decisión caprichosa con base a la sola consideración del incumplimiento, sino que habrá que valorar la decisión de optar por la resolución, con el fundamento de la misma, de lo cual participa la apreciación del Juez, quien deberá controlar si a su juicio existe o no mérito para disolver el vínculo[1026]. Por ejemplo, se ha indicado que el incumplimiento de un plazo esencial desencadena automáticamente la posibilidad de resolución sin necesidad de algún acto positivo por parte del deudor[1027].

Por lo que se afirma que cuando se pretende ejercer una acción de resolución de contrato, la verificación del cumplimiento de las obligaciones pactadas por partes contratantes cobra vital importancia para su procedencia[1028].

14.2.3. *Efectos*[1029]

El efecto fundamental de la acción resolutoria es que el contrato se extingue como si nunca hubiese existido (no a partir de la resolución)[1030], como si jamás hubiera sido concluido", por lo que se han aplicar las reglas restitutorias propias de la nulidad: la resolución opera retroactivamente en todos los aspectos[1031].

---

to. Nuevas Tendencias en el Derecho de los Contratos, Universidad Metropolitana, 8 de mayo de 2015; Gorrín Falcón, Guillermo: *Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución.* En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015, Caracas, ACIENPOL, Colección Centenario, 2015, T. IV, pp. 2581-2631.

1024 Véase: Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 133-135.

1025 Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, p. 205.

1026 Carnelli y Cafaro, *ob. cit.*, p, 176.

1027 Forno Florez, *ob. cit.*, p. 408.

1028 TSJ/SCC, Sent. 000831 de 14-12-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC.000831-141212-2012-12-409.html.

1029 Véase: Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, pp. 233-260; Guerrero-Quintero, *ob. cit.*, pp. 295 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 263-273, alude a efectos liberatorios, restitutorios e indemnizatorios.

1030 En tal aspecto, se asemeja a la nulidad.

1031 Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, p. 117.

Pero ese efecto retroactivo solo aplica a los contratos de cumplimiento instantáneo[1032] y no aplica a los contratos sinalagmáticos imperfectos y unilaterales (comodato) en que a todo evento operaría la retención en caso de daños[1033]. Aunque no pueda hablarse de una retroacción total porque no es un supuesto de invalidez originaria[1034].

Por ende deben devolverse las prestaciones recibidas, salvo que por su naturaleza se constituyera una suerte de enriquecimiento sin causa (por ejemplo el contrato de arrendamiento). Esto pues la doctrina es unánime en que el efecto retroactivo de la resolución no se produce en los contratos de tracto sucesivo: la repetición de las prestaciones cumplidas no se producen en virtud de que las mismas no pueden obviamente sustraerse de la realidad de haber sido consumidas[1035]. En tales contratos culminan las obligaciones hacia el futuro, dejando subsistente las que ya se hubiesen consumado. De allí que se aluda a la eficacia tendencialmente retroactiva de la resolución[1036].

La resolución rige a las partes y respecto de terceros. Quien dio origen a la resolución queda sujeto a daños y perjuicios[1037]. Resumiendo, la doctrina alude a efectos *liberatorios* (se extinguen las obligaciones con efecto retroactivo), *restitutorios* (las obligaciones cumplidas se extinguen y dan lugar a repetición) e *indemnizatorios* (el contratante incumplidor que motivó la acción queda sujeto a indemnizar los daños y perjuicios)[1038].

No cabe renunciar a la acción resolutoria por anticipado[1039]. La acción prescribe a los diez (10) años o el tiempo del derecho de que se trate[1040].

14.2.4. *Resolución convencional y resolución de pleno derecho*[1041]

La resolución convencional es aquella pactada por las partes por no ser materia de orden público. De tal suerte, que procede no sólo por las causales legales. No procede en caso de materias de orden público, como es el supuesto del arrendamiento. Puede ser pura y simple o calificada. En la primera las partes especifican las causas que la originan y se aplican las reglas generales de la resolución. En la segunda, las partes indican las causas que la originan y califican la naturaleza y caracteres del incumplimiento, en cuyo caso el Juzgador se abstiene de calificar el incumplimiento y se limita a constatarlo y declararlo[1042].

1032 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 269.

1033 *Ibid.*, p. 264, como por ejemplo la donación que es unilateral.

1034 Guerrero-Quintero, *ob. cit.*, p. 301.

1035 *Ibid.*, p. 329. Véase: Ley de Venta con Reserva de Dominio, arts. 13 y 14.

1036 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 146.

1037 DFMS5CM, J.R.G., T. 75, pp. 93-95.

1038 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 263-273.

1039 Mélich Orsini, *ob. cit.*, p. 299.

1040 *Ibid.*, pp. 300 y 301; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 262 y 263; CSJ, Cas., Sent. 29-10-69, J.R.G., T. 23, pp. 308-313, se indicó que faltaba entrega de accesorios importantes.

1041 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 518-520.

1042 *Ibid.*, pp. 518 y 519.

La *resolución de pleno derecho*[1043] supone que el contrato queda resuelto sin necesidad de declaratoria judicial. Puede ser *convencional* o *legal*, siendo ejemplo de esta última es el art. 1531 del CC en materia de compraventa de cosas muebles[1044]. Por su parte, la resolución de derecho convencional acontece cuando las partes así lo disponen. Se considera en interés del acreedor quien podrá prevalerse de la misma. La parte cuyo incumplimiento la motiva deberá conformarse con la resolución. Refiere Maduro Luyando que si bien se afirma que no es necesaria la intervención judicial para calificar el incumplimiento, hay autores que sostienen que sí en caso de desacuerdo. Algunos autores sostienen que antes de prevalerse de la resolución de pleno derecho, el acreedor debe intimar al deudor al cumplimiento. Otros autores sostienen finalmente, que la resolución de pleno derecho no procede como acción, por cuanto siempre será necesario que sea declarada por la autoridad judicial, por lo que solo procedería como excepción, en el sentido de que la parte demandada por el cumplimiento podría negarse válidamente a cumplirlo, alegando la resolución de pleno derecho estipulada en el contrato o en la ley[1045].

Se afirma que la *cláusula resolutoria expresa*[1046] es la posibilidad de que las partes estipulen expresamente una cláusula resolutoria para el caso de incumplimiento de una de ellas o de ambas. Puede distinguirse su función alternativa porque tienden a ampliar las facultades de resolución tradicional o prever una resolución automática[1047]. Conviene destacar que, en esos pactos resolutorios explícitos, por mucho en que en caso de incumplimiento se haya pactado la resolución automática del contrato, ésta sólo se producirá "en interés del perjudicado", de forma que a él le sigue correspondiendo la opción entre exigir el cumplimiento o acogerse a la resolución, sin que el incumplidor puede imponer esta última[1048].

La doctrina se pregunta si no obstante la cláusula resolutoria expresa de pleno derecho se requiere intervención judicial? Y Ochoa responde que la respuesta viene dada por el artículo 1159 CC que establece la fuerza de ley entre los contratos. Por lo que procede pedir el cumplimiento forzoso

[1043] Véase: Guerrero-Quintero, *ob. cit.*, pp. 331-364; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 519 y 520.

[1044] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 519.

[1045] *Ibid.*, pp. 519 y 520.

[1046] Véase: Mélich Orsini, *La Resolución...*, pp. 49/52 y 300; Ochoa Gómez, Oscar: *El pacto comisorio o acuerdo tácito o expreso de resolución de contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de la partes de sus obligaciones.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje Nº 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 965-984; Gorrín, Guillermo: *Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 431-485; Kummerov, Gert: *Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa.* En: Studia Juridica Nº 2, 1958, pp. 171-200.

[1047] Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, p. 191.

[1048] *Ibid.*, p. 192.

a través del poder público judicial[1049]. La cláusula resolutoria expresa debe ser clara, específica y debe quedar patente que la voluntad de las partes ha referido con toda certeza que de su gravedad se deriva la excepcional sanción *ipso iure*, sin intervención estimativa del Juez y sin posibilidad de dilación. Y al propio tiempo, que el incumplimiento quede bien determinado, esto es, que se concrete en un suceso de fácil comprobación[1050]. Esta cláusula no es más que la expresión o manifestación de voluntad de las partes de no tener que recurrir a los tribunales para resolver el contrato, por lo que producido el incumplimiento se puede llegar a la resolución sin intervención judicial[1051]. Por su parte, indica Mélich, a propósito de la cláusula resolutoria, que una intervención judicial no es necesaria y si ello acontece es para dar sentido al alcance de ésta[1052].

Sin embargo, indicó la Sala Constitucional que no es posible que un contrato se establezca la posibilidad de que una de la partes decida ponerle fin a la relación contractual sin que medie intervención judicial. No obstante dicha decisión alude a la "*resolución unilateral*", salvo en los contratos administrativos que prevale el interés general[1053]. Gorrin crítica tal decisión señalando que en la práctica se están presentando situaciones que contribuyen a la desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa, tanto en las convenciones entre particulares como en la jurisprudencia[1054]. Esto por cuanto no cabe su identificación con las cláusulas exorbitantes del Derecho Administrativo[1055], ámbito en el cual aplica "la resolución unilateral del contrato administrativo"[1056]. Por lo que era innecesaria tal referencia en la sentencia de la Sala Constitucional, que no guarda relación alguna con la

---

1049 OCHOA GÓMEZ, *El pacto comisorio...*, pp. 978 y 979.

1050 *Ibid.*, p. 981.

1051 *Ibid.*, p. 982.

1052 MÉLICH ORSINI, *La resolución...*, p. 51.

1053 TSJ/SConst., Sent. Nº 167 de 4-3-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Marzo/167-040305-04-1518.htm . Véase en sentido semejante: TSJ/SCC, Sent. 105 del 21-3-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000105-21313-2013-12-643.html; TSJ/SCC, Sent. 000831 de 14-12-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC.000831-141212-2012-12-409.html ; TSJ/SCC, Sent. Nº 00040 de 29-3-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC-00040-290305-04624.htm. "De allí que no es posible para ningún juez decretar "automáticamente" la resolución de un contrato, sin que medie la pretensión correspondiente por parte del contratante a quien se le ha incumplido la obligación; Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 17-12-13, Exp. AP11-M-2012-000405 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/DICIEMBRE/2123-17-AP11-M-2012-000405-PJ0082013000419.HTML. "De lo expuesto, pareciera *prima facie* que la intención de la Sala Constitucional era declarar la nulidad de todas las cláusulas resolutorias expresas. ...puede observar que existía una relación por tiempo indefinido y que la empresa tenía más de 10 años manteniendo una relación comercial, por lo cual se establece –conforme a lo antes señalado– y tomando el criterio de la Sala Constitucional que la cláusula es violatoria a éste, por lo que mal podría haberse producido una terminación abrupta del contrato en perjuicio de la empresa".

1054 GORRÍN, *Desnaturalización...*, p. 433.

1055 *Ibid.*, p. 438.

1056 *Ibid.*, p. 476.

cláusula resolutoria expresa[1057]. No existe a decir del autor, en la cláusula resolutoria usurpación de autoridad ni semejanza con la función jurisdiccional[1058].

Pero agrega Gorrín que también las partes suelen redactar cláusulas resolutorias expresas que tienden a desnaturalizar la función de la figura, limitándose a referir cláusulas de estilo sin especificar la gravedad del incumplimiento que produce la resolución[1059]. Tampoco tiene validez la cláusula resolutoria expresa contraria a una disposición legal en la que se ha predeterminado el límite de gravedad del incumplimiento con carácter imperativo, como sería el caso del artículo 13 de la Ley sobre Venta con reserva de dominio o el artículo 16 de la Ley de Venta de Parcelas[1060]. Finalmente, si no se ha dispuesto algo distinto se precisa notificación de resolver el contrato con estricta sujeción a lo pactado[1061].

Se aprecia decisión judicial con referencia a "notificación" en caso de resolución de pleno derecho que igualmente llegó a ser demandada[1062]. Ello parece confirmar que no obstante el valor teórico de la resolución de pleno derecho si cumple los debidos requisitos por aplicación de la autonomía de la voluntad, su concreción podrá ser debatida en juicio como parte del derecho de acción. Aunque sea a todo evento en feliz expresión de Mélich solo para "dar sentido al alcance de ésta"[1063]. Porque a fin de cuentas a pesar de la validez que la cláusula resolutoria expresa tenga por sí misma, su cumplimiento forzoso precisará de la intervención judicial, a falta de cumplimiento voluntario de las partes.

14.3. *Rescisión por lesión enorme. Véase supra 20.10.4.*

15. Teoría de los riesgos[1064]

15.1. *Noción*

[1057] *Ibid.*, p. 478.

[1058] *Ibid.*, p. 464.

[1059] *Ibid.*, p. 478.

[1060] *Ibid.*, p. 480.

[1061] *Ibid.*, p. 483.

[1062] Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de este Primer Circuito Judicial, en Guanare, Sent. 9-10-13, Exp. Nº 5.822, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/OCTUBRE/1115-9-5822-.HTML.

[1063] Mélich Orsini, *La resolución...*, p. 51.

[1064] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 521-532; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. III, pp. 229-236; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 495-502; Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 785-812; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 65-68; Miliani Balza, *ob. cit.*, pp. 321-332; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, pp. 1059 y ss.; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 85-89; Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 363-374; López Santa María, *ob. cit.*, T. II, pp. 558-569; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 298-306; Zusman Tinman, Susana: *La teoría del riesgo*, pp. 77-114, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084895.pdf ; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre*: La pérdida en las obligaciones de dar bienes ciertos y la teoría del riesgo.* En: Normas legales. Revista de legislación, jurisprudencia y doctrina, T. 286, Perú, marzo 2000, pp. 79-95, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141.

Se trata de la situación jurídica en que se encuentran las partes de un contrato o una de ellas ante la imposibilidad de cumplir sus obligaciones o sus prestaciones debido a una causa extraña que no le es imputable[1065]. Refiere la doctrina que la cuestión del riesgo pretende responder ¿quién soportará las consecuencias de la causa extraña no imputable? ¿Para quién es el riesgo?[1066]. Se trata de un tema asociado a la inejecución de las obligaciones[1067]

Para algunos la cuestión de los riesgos solo se plantea en relación a los contratos bilaterales[1068], aunque nuestro CC no contiene una norma relativa al asunto, por lo que queda acudir a las formulaciones de la doctrina[1069]. Para otros, la cuestión de los riesgos no es que no se plantee en un contrato unilateral sino que en tal caso la única y posible solución es la extinción de la obligación. No siendo tan sencillo el asunto en el caso de los contratos bilaterales[1070].

Con base a lo anterior la expresión "riesgo del contrato" se alude a la situación subjetiva de quienes celebran un contrato "bilateral" de afrontar el "peligro que" significa la potencialidad de sufrir el daño[1071].

15.2. *Situaciones en las que no aplica la teoría del riesgo*[1072]

Si bien para algunos (véase *supra* 15.1) no aplica en los contratos "unilaterales", Maduro Luyando refiere que la teoría del riesgo no entra en aplicación.

a. Si el deudor estaba en mora al presentarse la imposibilidad (CC, art. 1344).

b. Cuando el objeto de la prestación consiste en cosa "*in genere*", toda vez que el "género nunca perece", como es el caso del dinero.

c. Cuando no existe imposibilidad de cumplir con la obligación, sino por ejemplo dificultad excesiva. En cuyo caso aplica la teoría de la imprevisión[1073].

d. No procede en caso de obligaciones legales, como es el caso de la indemnización que se acuerda contra el vendedor en caso de vicios ocultos de la cosa vendida.

1065 MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 521.

1066 MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 363.

1067 ZUSMAN TINMAN, *ob. cit.*, p. 77.

1068 ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 65.

1069 *Ibid.*, p. 66, MELICH ORSINI, *Doctrina*..., p. 786.

1070 ZUSMAN TINMAN, *ob. cit.*, p. 81, El problema se toma complejo cuando se produce dentro del contexto de un contrato bilateral. La obligación del deudor, ya sabemos, queda extinguida, preocupándonos, tan solo, el destino de la obligación del acreedor de la obligación extinguida y deudor de 1a suya propia. La teoría del riesgo está destinada, precisamente, a solucionar este problema, es decir, a decidir si 1a obligación del acreedor (a su vez deudor) permanece vigente o si debe seguir la suerte de la del deudor, o lo que es lo mismo, extinguirse también".

1071 MÉLICH ORSINI, *Doctrina*..., p. 787.

1072 MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 522.

1073 Véase *supra* Nº 8.

15.3. *El riesgo en los contratos unilaterales*[1074]

Dispone el artículo 1271 CC: *"El deudor será condenado al pago de daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable aunque de su parte no haya habido mala fe".* Si el deudor incumple por una causa extraña no imputable queda liberado de su obligación de pagar daños y perjuicios por incumplimiento.

Ello porque la ley no obliga a responder de lo imposible. En tal caso el deudor queda liberado y se afirma que "*res perit creditori*" (la cosa perece para el acreedor) y la cosa es la prestación. Y así en la obligación unilateral si la cosa perece sin culpa del deudor el riesgo es para el acreedor[1075]. Se cita como ejemplo el contrato de depósito, en el que no se puede obligar al depositario a cumplir y devolver la cosa. Recordemos que el artículo 1344 CC permite que por aplicación de la autonomía de la voluntad, el deudor asuma para sí el riesgo[1076].

Entre las excepciones al principio res perit creditori en materia de contratos unilaterales: En el mutuo, si la cosa perece en manos del mutuario, éste es el que soporta la pérdida, porque él es el propietario de la cosa y porque las cosas objeto del contrato de mutuo son genéricas. Y el género no perece pues las cosas pueden ser sustituidas por otras, por lo que siempre subsiste la obligación del mutuario de devolver al mutuante lo recibido por concepto de mutuo. Rige el principio *res perit domino*[1077]. Se cita también el supuesto de las cosas sujetos a privilegios o hipotecas. Al efecto, dispone el CC, art. 1865: "*Si las cosas sujetas a privilegio o hipoteca han perecido o se han deteriorado, las cantidades debidas por los aseguradores, por indemnización de la pérdida o del deterioro, quedan afectas al pago de los créditos privilegiados o hipotecarios, según su graduación, a menos que se hayan empleado en reparar la pérdida o el deterioro...*". Se aprecia que impera el principio *res perit domino*, toda vez que el acreedor no pierde su derecho de garantía, pues tal derecho se traslada a la indemnización que debe pagar la empresa aseguradora[1078].

15.4. *El riesgo en el contrato bilateral*[1079]

El riesgo en los contratos bilaterales contentivos de obligaciones recíprocas supone que al no poder cumplir una parte en razón de causa extraña no imputable, no puede a su vez requerirle a la otra parte la obligación de ésta. Por lo que ambas partes quedan liberadas de sus obligaciones. De tal

---

1074 *Ibid.*, pp. 523 y 524.

1075 Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 127.

1076 Véase *supra* tema 7.

1077 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 523 y 524.

1078 *Ibid.*, p. 524.

1079 Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 524-526; Mélich Orsini, José: *La teoría de los riesgos en los contratos bilaterales.* En: Revista de Derecho Mercantil Nº 16-17, 1994, pp. 49-78.

suerte que en las obligaciones recíprocas cada deudor corre con su propio riesgo (pues se libera pero no recibe)[1080]. Se aplica así el principio "*res perit debitori*", y la otra parte queda dispensada de cumplir ante la extinción de la obligación sin culpa del otro[1081]. *El principio res perit debitori* indica que el riesgo es para el deudor de la obligación cuyo cumplimiento se ha hecho imposible por causa no imputable; la otra queda dispensada de cumplir su propia obligación[1082]. Por ello se afirma que en el Derecho venezolano, inspirado en el sistema francés, los riesgos son soportados por el deudor[1083].

Así explica la doctrina que si en un contrato bilateral u otro acto jurídico que genere prestaciones recíprocas una de las partes no puede cumplir su prestación, a causa de caso fortuito o de fuerza mayor, quedará eximida de hacerlo, lo mismo que su contraparte, y el contrato se extingue sin responsabilidad para ninguna de las partes, perdiendo cada una sus propios gastos. Pues nadie está obligado a lo imposible, pero en reciprocidad la otra parte también queda exonerada de cumplir su obligación y el contrato se ve extinguido. Por ejemplo, si usted no pudo ir por enfermedad al concierto al que se obligó cantar, la otra parte tampoco tendrá que pagarle y si hubiere anticipado algo deberá ser restituido[1084].

Se distingue entre los c*asos de incumplimiento total* en que si una de las partes no cumple por causa extraña la otra queda liberada (arrendamiento) y los *casos de incumplimiento parcial* en que según la situación se acuerda la liberación de la otra parte o la disminución proporcional. Por ejemplo los artículos 1588 y 1590 del CC en materia de arrendamiento[1085].

Se aprecia decisión judicial que refiere a propósito del contrato de arrendamiento el riesgo en los contratos bilaterales (*res perit domino*). "La cosa perece para su dueño". En los contratos bilaterales, las obligaciones que surgen son de carácter recíprocas en relación a las partes que intervienen. Se afirman que estos contratos generan obligaciones correspectivas o correlativas para cada parte contratante; cada una es deudora y acreedora de la otra parte. PRINCIPIO: Si una parte incumple por ocurrir y demostrar la procedencia de una causa extraña no imputable a ella, la otra parte (acreedora) no podrá demandar el cumplimiento ya que carece de acción o recursos legal. Los efectos operan a favor del obligado, esto es, el deudor se libera de cumplir su "obligación primigenia". Pero, al mismo tiempo, como sujeto

---

[1080] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 127.

[1081] Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 66.

[1082] Mazeaud y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 365.

[1083] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 497.

[1084] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 301.

[1085] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 524-526.

acreedor que también es, por haber incumplido a su vez, no podrá exigir a su contraparte, que le cumpla o pague, no habrá Responsabilidad Civil"[1086].

15.5. *El riesgo en contrato bilaterales traslativos de propiedad (principio res perit domino)*[1087]

Lo indicado sufre una importante derogación en los contratos que transmiten la propiedad en el que el dueño sufre la pérdida de la cosa[1088], en que la cosa perece para su dueño (*res perit domino*[1089]). En los contratos traslativos de propiedad no aplica la regla inmediatamente indicada sino que la cosa queda a riesgo del adquirente.

Dispone el art. 1161 CC: "*En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se trasmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado*".

Significa que en tal caso, si la cosa perece en manos del transmitente, aun antes de efectuarse la tradición o entrega, el adquirente queda obligado a cumplir su obligación y a soportar la pérdida de la cosa, pues en realidad es su propietario[1090]. La cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, salvo la excepción del artículo 1475[1091] CC relativo a las cosas genéricas que quedan a riesgo del vendedor hasta que sean contadas, pesadas o medidas. Aunque algunos critican la solución legislativa señalando que se confundió el riesgo del contrato con el riesgo de la cosa[1092]. Esto es, si la cosa enajenada es específica la propiedad se verifica por el simple consentimiento al margen de la tradición. Pero si se trata de cosa genérica, se precisa la individualización

---

1086 Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 16-11-09, Exp. Nº 02923, http://falcon.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/NOVIEMBRE/498-16-2923-591.HTML "Cuando el bien ARRENDADO perece o se deteriora, ambas partes se liberan como acreedoras mutuas o recíprocas que son. La pérdida o riesgo de la cosa, la sufrirá el propietario, en este caso la persona del arrendador (rige el principio *res perit domino*). En otras palabras, ante el RIESGO, PELIGRO O PÉRDIDA DEL CONTRATO, ambas partes dejarán de estar obligadas una a la otra. Y es que, según el Principio general estudiado, extinguida la obligación de quien pruebe una causa extraña no imputable, ope legis, la otra parte también queda liberada, en otras palabras, al extinguirse el contrato se extinguen las obligaciones reciprocas de las partes.- Al respecto, el Artículo 1.588 del Código Civil, establece, que si durante el arrendamiento perece totalmente la cosa arrendada, queda resuelto el contrato. Si se destruye sólo en parte, el arrendatario puede...pedir la Resolución del Contrato o disminución del precio o canon. EN NINGUNO DE LOS DOS CASOS, SE DEBE INDEMNIZACIÓN, SI LA COSA HA PERECIDO POR CASO FORTUITO.

1087 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 527 y 528.

1088 Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 302.

1089 Véase sobre dicha regla: Zusman Tinman, *ob. cit.*, pp. 84 y ss.

1090 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 526.

1091 "*Cuando se trata de mercancías vendidas con sujeción al peso, cuenta o medida, la venta no es perfecta en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo y peligro del vendedor, hasta que sean pesadas, contadas o medidas*".

1092 Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 66 y 67.

de la cosa[1093]. Otra excepción que refiere la doctrina, es la relativa a la Ley de Venta con Reserva de Dominio según la cual el vendedor retiene la propiedad de la cosa vendida hasta que pague la última cuota del precio, el comprador asume el riesgo desde que celebra el contrato[1094].

15.6. *El riesgo en las obligaciones sometidas a término y condición*[1095]

a. *El riesgo en las obligaciones de dar sometidas a término*: Si se destruye la cosa perecerá para quien era su propietario al momento de la pérdida o destrucción.

b. *Los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición*: Si es suspensiva se reputa no contraída (CC, art. 1203). Norma que constituye una excepción a la regla "*res perit domino*" consagrada en el artículo 1161 CC y al principio del artículo 1209 CC según el cual cumplida la condición se retrotrae al día que la obligación ha sido contraída, al poner el riesgo del contrato en manos del deudor[1096].

Cuando es resolutoria no existe disposición del CC, pero refiere Maduro Luyando que en tal caso la solución debe ser que si la cosa perece antes de cumplirse la condición resolutoria, la obligación se reputa pura y simple. Esto es la condición resolutoria se reputa no puesta porque la cosa ya no existía al momento de cumplirse la condición[1097]. Si la condición es resolutoria, como es el caso de la venta con pacto de retracto, el comprador se considera propietario desde el momento de manifestarse el consentimiento y carga con los riesgos de perderse la cosa antes de cumplirse la condición[1098].

15.7. *Efectos del riesgo*[1099]

a. Termina el contrato una vez que acontece la causa extraña.

b. No hay lugar a indemnización de daños y perjuicios.

c. La parte que ha cumplido tiene derecho a que se le restituya lo cumplido.

d. Las normas no son imperativas por las partes pudieran pactar lo que consideren conveniente[1100]. Pues las reglas relativas al riesgo del contrato no son de orden público de modo que las partes pueden derogarlas[1101].

[1093] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 302; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 527.

[1094] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 528.

[1095] *ibid.*, pp. 528 y 529.

[1096] Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 67 y 68.

[1097] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 529.

[1098] Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 68.

[1099] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 530.

[1100] Mélich Orsini, *Doctrina...*, pp. 808 y 809; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 68.

[1101] Mélich Orsini, *Doctrina...*, p. 808.

TEMA 21
La Gestión de Negocios[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Naturaleza 3. Elementos o requisitos 4. Efectos 5. Ratificación 6. Prueba*

Recordemos a propósito de las fuentes de las obligaciones, que la doctrina tradicional distingue entre los cuasicontratos, la gestión de negocios y el pago de lo indebido, lo que conforma un género más amplio que nuestro CC trata autónomamente, a saber, el enriquecimiento sin causa. Vale recordar sin embargo, a propósito de las fuentes de las obligaciones, que la figura de los cuasicontratos se presenta con falta de consistencia, cuya referencia se presenta por razones de tradición[2], y para algunos según vimos más bien por un error histórico[3]. En todo caso, afirmaba la doctrina patria cuando el CC venezolano adoptaba tal clasificación antes del código de 1942 que los cuasicontratos[4] se fundan en un principio cardinal de justicia conforme al cual "*nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro*"[5]. El CC de 1942 introduce o consagra este último principio con carácter de norma expresa a través de la prohibición de enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de las obligaciones que constituye el género, distinto a las especies: gestión de negocios y pago de lo indebido. Finalmente, estudiaremos la responsabilidad civil por hecho ilícito.

Se afirma que la noción de cuasi contrato es conservada –a pesar de las críticas– por los autores modernos porque "responde a una realidad", a saber, que el deudor no ha querido la obligación. Por ejemplo, el gestionado o el *accipiens* en el pago de lo indebido[6].

---

1 Véase: Torres Rivero, Arturo*: El derecho venezolano y la gestión de negocios (tesis doctoral).* Caracas, La Torre, 1971; *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1981, pp. 105-225; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 738-746; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 136-145; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 507-514; Dominici, *ob. cit.*, pp. 593-599; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 42-47; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 48-55; Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 449-461; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 35 y 36; Sánchez Jordán, María Elena: *La gestión de negocios.* Madrid, Civitas, 2000; Bencomo, Ricardo: *La gestión de negocios en Venezuela.* http://www.monografias.com/trabajos82/gestión-negocios-venezuela/gestión-negocios-venezuela.shtml ; Hernández Romero, Luis Alfredo: *La gestión de negocios y sus diferencias con figuras afines.* 3-6-12.http://www.reeditor.com/columna/4889/10/derecho/.../**gestion**/**negocios**/.../afin.. .. ; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 564 y 565; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 313-315; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 288-290; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 897-902; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 823-829; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 251-254; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 164-168.

2 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 821.

3 Véase *supra* tema 3.

4 Véase: Dominici, *ob. cit.*, p. 591, es un hecho voluntario y lícito del cual resulta una obligación a favor de un tercero o una obligación recíproca entre partes. El autor según el CC de la época refería la gestión de negocios y el pago del indebido.

5 *Ibid.*, p. 593.

6 Sequera, *ob. cit.*, p. 172.

1. Noción

Si bien la regla general es que nadie debe inmiscuirse en los asuntos ajenos, la ley pensando en la hipótesis de la pasividad del interesado regula la presente[7] figura. En efecto, si bien en principio se precisa el consentimiento para la intervención en la esfera jurídica de otra persona; atendiendo a criterios de solidaridad social se reconoce la intervención del gestor sin mandato[8]. Acontece ante la hipótesis de que alguien ante la pasividad del interesado, se ocupe de los asuntos de éste[9].

Se trata –a decir de Torres-Rivero– de una representación intermedia que se ubica entre la representación legal y la representación convencional[10]. Así por ejemplo, en ausencia de un propietario se contratan reparaciones de un edificio en ruinas para que no puedan entrar los ladrones[11]. Se trata de un acto por el cual una persona denominada gestor se ocupa de los asuntos de otra, sin obligación legal o convencional que se lo impongan. Supone "una gestión de negocios ajenos cuando una persona, sin haber recibido mandato alguno, realiza una actividad de gestión del patrimonio de un tercero, por cuenta e interés de éste"[12].

Se presenta así la gestión de negocios como una situación jurídica en que una persona llamada gestor, actúa en nombre y por cuenta de otro, llamado gestionado, sin ser representante legal o convencional de esta último[13]. Consiste en la intromisión intencional de una persona que carece de mandato y de obligación legal, en los asuntos de otra, con el propósito altruista de evitarle daños o producirle beneficios[14]. El gestor asume sin autorización los negocios o asuntos de otro[15]. Implica pues una actuación espontánea y voluntaria, sin la participación del interesado pero en interés de éste.

La figura está prevista en los artículos 1173 al 1177 del Código Civil desde el texto de 1862 como fuente de los cuasicontratos hasta 1922. En el CC de 1942 por inspiración del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones se deja de lado la referencia a los cuasicontratos para dar paso una

---

[7] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 897.

[8] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 823.

[9] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 897.

[10] Torres Rivero, *ob. cit.*, p. 11, aunque para el autor en una interpretación amplia, la gestión de negocios constituye una representación legal. La representación intermedia se asume voluntariamente por el representante. El gestor de negocios es un representante del gestionado.

[11] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 824.

[12] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 182.

[13] Torres Rivero, *ob. cit.*, p. 12.

[14] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 164.

[15] Véase: Juzgado Tercero de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 30-3-09, Exp. 5216, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/1347-31-5216-.html "La Gestión de Negocios, es el acto en virtud del cual una persona, denominada gestor, interviene o se ocupa de los asuntos de otra, denominada dueño, sin obligación legal o convencional de hacerlo"; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 509, es una injerencia voluntaria en los negocios de otro sin la autorización del administrado pero sin que haya tampoco oposición de su parte.

ordenación distinta de las fuentes de las obligaciones pues se estrenan como fuentes autónomas la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa[16].

2. Naturaleza

Se ubica dentro de las obligaciones derivadas de una suerte de cuasicontrato lícito. Pero modernamente ha sido desechada tal calificación[17] es difícil ubicarle en tal categoría[18]. Toda vez que se considera al cuasicontrato como una figura vacía de contenido, sin carácter unitario y consistencia dogmática y que encuentra su origen casi con toda seguridad en un error histórico[19], siendo válida la observación también para las otras figuras como el pago de lo indebido y enriquecimiento sin causa[20].

Se pretende asociar la gestión al mandato pero se diferencia en que éste es un contrato revocable que requiere para su constitución de la voluntad de las partes. En tanto, en la gestión de negocios, resulta forzoso concluir que la naturaleza jurídica de tal fuente de las obligaciones es la de constituir una representación intermedia, pues contiene parte de manifestación unilateral de voluntad por parte del gestor y parte de una obligación originada por la ley[21].

Se trata de una figura de conformación "híbrida" por presentar caracteres del acto unilateral y la imposición de ley. De allí que cobra fuerza la idea de representación intermedia[22]. La mayoría entiende la gestión de negocios como una institución unitaria que está presente cuando se dan determinados presupuestos[23]

"El gran principio que preside la dogmática de la gestión oficiosa es que quien actúa en nombre de otro le transmite los provechos de su gestión"[24]. Se alude así al requisito de la "utilidad" como elemento esencial en la gestión de negocios[25]. Se afirma que para que la gestión pueda considerarse útil es menester que así lo hubiese considerado un buen padre de familia[26]; que tal hubiese sido su voluntad potencial o presumible; que hubiese ratificado

---

[16] Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 14 y 15.

[17] Véase *supra* tema 3.

[18] Véase: Sánchez Jordán, *ob. cit.*, p. 33, la gestión de negocios ajenos, ha sido encuadrada tradicionalmente entre los denominados cuasicontratos. Teniendo en cuenta las innumerables y muy fundadas críticas realizadas a esta categoría.

[19] *Ibid.*, p. 37.

[20] *Ibid.*, p. 38.

[21] Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 31-5-11, Exp. 10.989-08, http://trujillo.**tsj**.gov.ve/**decisiones**/2011/mayo/1611-31-10989-08-.html.

[22] Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 13 y 14.

[23] Véase: Sánchez Jordán, *ob. cit.*, p. 39.

[24] Véase: Lete del Río, *ob. cit.*, p. 225.

[25] Véase: Salas, *ob. cit.*, pp. 357-365.

[26] Dominici, *ob. cit.*, p. 596.

la gestión; que no hubiese prohibido su realización y que la utilidad haya existido al momento de iniciarse la gestión[27].

3. Elementos o requisitos[28]

3.1. *Realización de uno o más hechos de gestión o asunto ajeno*: Se quiere que se trate de un negocio jurídico o material ajeno[29]. Generalmente se trata de actos de administración aunque se discute. Se trata de un gran número de actividades que pueden ser realizadas por el denominado "gestor", que podrían incluir de administración, conservación y eventualmente disposición[30]. Se precisa capacidad según artículo 1173 CC. Se afirma que no es menester que el gestor sepa a quien pertenece el negocio pues si lo supiera sería mandato tácito[31].

3.2. *La inexistencia de encargo o ausencia de representación legal o convencional*: Se precisa que no haya vínculo jurídico en virtud de la ley o por contrato que obligue al gestor[32]. La ausencia de vínculo jurídico entre gestor y gestionado la exige la ley cuando se refiere a "quien sin estar obligado"[33]. El dueño del negocio que no otorgó consentimiento pero no se opuso a la gestión (para algunos el simple consentimiento equivale a autorización). No se precisa capacidad del dueño.

3.3. *El gestor debe ser capaz (CC, 1173, 1186 y 1187) y tener la intención de intervenir en negocios del dueño*, esto es "la intención de un sujeto de obrar por otro"[34]. No puede realizar el acto por error porque en tal caso no se aprovecha de las normas de la institución (probablemente enriquecimiento sin causa o pago de lo indebido). El CC se refiere a la capacidad del gestor y no a la del gestionado. El gestor está sujeto a la acción *in rem verso* por enriquecimiento sin causa si hubiere lugar. Señala Torres Rivero que visto que el gestor se asimila al mandatario, el gestor incapaz tendrá iguales derechos que el gestor capaz, basta que la gestión haya sido bien llevada[35].

---

[27] Salas, *ob. cit.*, p. 365.

[28] Véase: Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 16-25; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 140 y 141; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 510-512; Sánchez Jordán, *ob. cit.*, pp. 65-210; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 49-51; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 31-5-11, Exp. 10.989-08, http://trujillo.**tsj**.gov.ve/**decisiones**/2011/mayo/1611-31-10989-08-.html Juzgado Tercero de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 30-3-09, Exp. 5216, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/1347-31-5216-.html.

[29] Sánchez Jordán, *ob. cit.*, pp. 70-73, que se trate de actos inclusive materiales con contenido jurídico; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 899; Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 21-23, alude a "intervención en negocios ajenos", pues el gestor actúa sin estar obligado, voluntaria y lícitamente en negocios ajenos en nombre y por cuenta de su dueño, pero sin que éste le haya prohibido al gestor esa intervención.

[30] Véase: Sánchez Jordán, *ob. cit.*, pp. 67-69.

[31] Dominici, *ob. cit.*, p. 593.

[32] Torres Rivero, *ob. cit.*, p. 16, en consecuencia no hay gestión de negocios cuando un tutor paga por el pupilo.

[33] *Ibid.*, p. 17.

[34] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 36.

[35] Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 63 y 64.

3.4. *Que la gestión se lleve a cabo de manera voluntaria* y lícita[36]. Esa intervención en los asuntos de otros debe hacerse voluntariamente[37]. Esto es, no existe obligación de gestionar un asunto ajeno. Si existe algún tipo de vínculo jurídico entre las partes que dé lugar a la actuación no aplica la figura en comentarios[38]. Y se agrega la intención de gestionar un asunto ajeno (*animus aliena negotia gerendi*), identificado con la intención altruista de prestar un servicio a otro[39]. Torres Rivero agrega que además de voluntaria, la intervención ha de ser "lícita" pues mal se puede pretender asumir un negocio de prostitución o de juego[40].

Se aprecia decisión judicial que refiere que la parte actora pretende que la gestión de negocios sea utilizada como modo de transferir un derecho real pero que "debe tenerse claro que el gestor no es propietario del negocio, no se subroga en los derechos del dueño, ni tampoco puede el gestor transferirse la propiedad del negocio que es ajeno", lo único que puede hacer el gestor es pedirle al dueño del negocio que le indemnice los gastos que efectúo por su cuenta (más intereses), pero nunca apropiarse del negocio. "Si llegase a ocurrir que un gestor de negocio sea considerado propietario del negocio que gestione estaríamos en presencia de una verdadera inseguridad jurídica; colocaríamos en peligro el Estado de Derecho ya que cualquier persona que pretenda apoderarse o abrogarse la propiedad de un bien bastaría con alegar que él es gestor y pedir al órgano jurisdiccional que así lo declare esto sería un respingo jurídico, violatorio del derecho de propiedad y de las normas más elementales del principio dispositivo"[41].

3.5. *Intervención no prohibida por el gestionado*[42]*:* En la gestión se actúa sin estar obligado pero sin que el gestionado le haya prohibido al gestor esa intervención. El CC de 1942 niega expresamente el reintegro al gestor que actúa contra la prohibición del dueño, salvo que la prohibición sea injustificada o caprichosa. Sin perjuicio de que fuera procedente la acción *in rem verso* en virtud de la prohibición de enriquecimiento sin causa que solo precisa un desequilibrio patrimonial[43].

3.6. *Propósito de representación y no de donación*: No se concibe una intervención que haya una persona en interés de otro con el ánimo de hacer una

---

[36] *Ibid.*, pp. 18-21.

[37] *Ibid.*, p. 18.

[38] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 825.

[39] *Ibid.*, p. 826.

[40] Torres Rivero, *ob. cit.*, p. 20.

[41] Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, Sent. 21-3-12, Exp. 5967, http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2012/mayo/1428-21-5967-.html (respingo es un salto o sacudida violenta del cuerpo).

[42] Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 23-25.

[43] *Idem.*

liberalidad. Por ejemplo, el tercero que paga la deuda de otro a su acreedor. Para que se pueda dar la donación es necesario que sea seria y ostensible[44].

4. Efectos[45]

4.1. *Obligaciones del gestor frente al dueño*: El gestor tiene la obligación de continuar su gestión salvo cuando el dueño se encarga, muere o el heredero toma la gestión. Frente a terceros, debe distinguirse si actuó en nombre propio, en cuyo caso queda obligado pero si actuó en nombre del dueño no. Para Torres Rivero de existir varios gestores mal puede presumirse la solidaridad pues no existe dispositivo legal que lo consagre[46]. Se pregunta el autor si el gestor tendría un derecho de retención similar al mandatario aunque la ley no lo consagre, a lo que contesta que este solo procede en los casos expresamente previstos en la ley. Consagrar tal garantía sin disposición de ley es admitir hacerse justicia por sí mismo[47]. Pueden los acreedores del gestor ejercer la acción oblicua para hacer efectivos los débitos extragestión a favor del deudor[48].

4.2. *Obligaciones del gestionado*[49]: Entre los deberes del gestionado se ubica el reembolso de los gastos útiles o necesarios, la correspondiente indemnización por las obligaciones que ha contraído y cumplir las obligaciones contraídas por el gestor en su nombre[50]. El dueño responde si el negocio fue bien administrado (CC, art. 1176). Pero no responde si la gestión ha sido ejecutada o comenzada con su prohibición (CC, 1176). Responde ante terceros si la gestión es válida. Debe pues indemnizar al gestor de las obligaciones y gastos.

Se aprecia decisión judicial que indica: "Sosteniendo con relación de la obligación del gestor frente al tercero que si el gestor actuó en su propio nombre quedo obligado respecto a los terceros en todo a lo referente a las obligaciones derivadas de su gestión aun cuando la gestión no haya sido útil, mientras que si el gestor actúa en nombre del dueño, como el caso en comento, no está obligado contractualmente frente a los terceros, pues el único obligado es el dueño, siempre que la gestión haya sido útil, pues en los casos que no lo haya sido el tercero puede repetir contra el gestor por los actos culposos de este"[51].

---

[44] *Ibid.*, p. 23.

[45] Véase: *Ibid.*, pp. 29-56; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 141-145; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 512-514; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 52 y 53.

[46] Torres Rivero, *ob. cit.*, p. 55.

[47] *Ibid.*, p. 68.

[48] *Ibid.*, p. 70.

[49] *Ibid.*, pp. 47-54.

[50] *Idem.*

[51] Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 2-2-11, Exp. AH1C-V-2006-000041, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/.../2127-2-AH1C-V-2006-000041-.ht... Y como ya se estableciera ut supra, la obligación contraída entre el actor y demandado no se cumplió, por lo que la cualidad para también ser demandado es procedente en derecho.

5. Ratificación[52]

La ratificación no es más que un acto jurídico unilateral a cargo del gestionado por el cual se producen retroactivamente los mismos efectos que el mandato[53] (CC, art. 1177). "La necesidad de ratificación no solamente es exigencia de doctrina y jurisprudencia, sino que el artículo 1.177 del Código Civil así lo ordena cuando dice: '*La ratificación del dueño produce los efectos del mandato en lo que concierne a la gestión...*' De este mismo artículo se desprende el parentesco tal cercano que tiene la gestión de negocios con el mandato, siendo éste un contrato por medio del cual el mandante se obliga normalmente frente a terceros en los límites que ha previsto. (...) Si esto lo tenemos en el mandato y de conformidad con el artículo expreso la gestión de negocios produce los mismos efectos del mandato cuando es ratificada (...)"[54]. Se trata de una figura de escasa aplicación práctica que bien pudiera resolverse por otras causas[55]. La respectiva acción está sometida a la prescripción ordinaria decenal[56].

6. Prueba[57]

No hay limitación probatoria para acreditar la gestión pues la limitación testimonial rige para las obligaciones convencionales. Pero el gestor está en el deber de producirla, siendo similar a la del depósito necesario. Por lo que tanto el gestor como el gestionado podrán acudir a cualquier medio de prueba a los fines relativos a la gestión, que serán mayores si estamos frente a una gestión mercantil. Cabría la confesión extrajudicial en la que el gestionado reconoce la gestión, o emite una constancia en que admite que ha intervenido en sus negocios[58].

---

[52] Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 56-59.

[53] *Ibid.*, p. 57, teniendo la misma extensión que la confirmación en los contratos anulables.

[54] Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-4-08, Exp. 07-9380, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/2117-9-07-9380-.html.

[55] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 824.

[56] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 514; Torres Rivero, *ob. cit.*, p. 73.

[57] Torres Rivero, *ob. cit.*, pp. 58 y 59,

[58] *Idem.*

TEMA 22
El Pago de lo Indebido[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Naturaleza 3. Condiciones o requisitos 4. Efectos 5. Casos en que no procede*

1. Noción

El pago de lo indebido, también denominado en otras legislaciones "*pago por error*", está previsto expresamente en nuestro Código Civil dentro de las fuentes de las obligaciones, regulado en los arts. 1178 al 1183.

El art. 1178 dispone: "*Todo pago supone una deuda. Lo que se ha pagado sin deberse está sujeto a repetición*". La figura tiene lugar cuando acontece un pago sin causa que lo justifique. Puede tratarse de cualquier tipo de prestación que haya sido realizada sin deberse. Su efecto principal es que el pago está sujeto a repetición. "Esencialmente, produce en el *accipiens* la obligación de restituir lo recibido, distinguiéndolo según haya obrado de buena o de mala fe"[2].

Señalaba Dominici cuando el CC consagraba la figura dentro de los "cuasicontratos" que el hecho de recibir una persona lo no se le debe da nacimiento a un cuasi contrato porque queda obligado a restituir lo recibido[3]. El deber de restituir la prestación indebidamente recibida constituye una genuina e indiscutible obligación en sentido técnico[4]. El didáctico ejemplo que coloca la doctrina, es el caso de la esposa que paga lo que su marido ya había pagado[5]. De tal suerte, que la figura supone un pago o cumplimiento realizado por equivocación o impropiamente, cuyo efecto fundamental ciertamente supone la devolución o repetición de lo pagado.

2. Naturaleza

Se trató de ubicar inicialmente como cuasicontrato incluso en nuestros Códigos anteriores. Hoy se considera fuente autónoma de las obligaciones que se basa en un principio lógico y de justicia, pues quien paga algo que no debe, tiene derecho a repetir, es decir, solicitar de vuelta aquello que se ha

---

1 Véase: *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184*..., pp. 229-381; Moisset de Espanés, Luis: *El pago por error y sus efectos respecto a terceros – España.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-37, www.acaderc.org.ar; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 730-737; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 124-136; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 515-520; Dominici, *ob. cit.*, pp. 599-600; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 47-52; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 55-61; Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 431-448; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 207-211; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, 4ª ed, 2001, pp. 620-632; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 290-293; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 902-908; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 829-836, Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 222-233; Lasarte, *Derecho...*, pp. 243-248; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 159-163.

2 O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 566.

3 Dominici, *ob. cit.*, p. 599.

4 Lasarte, *Derecho...*, p. 243.

5 Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 36.

entregado[6]. Es una especie de enriquecimiento sin causa[7]. Cuando se recibe una cosa que no había derecho a cobrar surge la obligación de restituirla[8].

Por ello en otras legislaciones se distingue el "*pago por error*", esto es el que paga por error de hecho o de derecho. Aunque la palabra pago no está empleada en su sentido técnico preciso –de cumplimiento– que supone una obligación que se extingue con dicho acto[9], sino al "*pago sin causa*" que acontece cuando la causa que se apoya la obligación es nulo y no se justifica la prestación que realiza el deudor[10]. Por lo misma razón, lo que se ha pagado de más, igualmente está sujeto a repetición[11].

Se critica la falta de distinción del legislador entre la figura del pago de lo indebido y el género enriquecimiento sin causa. Ésta última –a decir de la doctrina– regulada con extrema parquedad en el artículo 1184 CC en tanto que detalla la figura en estudio hasta la saciedad. Se concluye que debió regularse más detalladamente el enriquecimiento sin causa e incluir el pago de lo indebido como una variante de aquel a fin de evitar la discrecionalidad del Juzgador en la distinción entre enriquecimiento y empobrecimiento[12]. Veremos de seguidas que a propósito de los requisitos, que la distinción también genera inconvenientes.

Igualmente cabe preguntarse no obstante la regulación del CC si el pago de lo indebido es verdaderamente una fuente extracontractual de las obligaciones diferente al enriquecimiento sin causa. Si bien algunas normas de la figura en estudio no encuadran en el enriquecimiento sin causa, sin embargo es evidente que la base técnica de la repetición es justamente un enriquecimiento injustificado del *accipiens*[13].

3. Condiciones o requisitos[14]

La jurisprudencia española precisa para la figura de la concurrencia de un pago o entrega de una cosa; que no tuviera el *solvens* la obligación de pagar

6 *Idem.*

7 Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 159, que se presenta cuando sin existir relación jurídica entre dos personas, una de ellas entrega una cosa a la otra con el propósito de cumplir la supuesta obligación.

8 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 220.

9 Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 322.

10 Véase: *Ibid.*, p. 347.

11 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, Sent. 27-4-12, Exp. PP01-S-2009-000632, http://portuguesa.tsj.gov.ve/DECISIONES/.../1144-27-PP01-S-2009-000632 "como se desgaja del citado artículo lo pagado sin deberse está sujeto a repetición, por lo que siendo ello así, esta sentenciadora debe concluir que resulta PROCEDENTE la solicitud repetición por pago de lo indebido propuesta por la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO MONSEÑOR JOSÉ VICENTE DE UNDA DEL ESTADO PORTUGUESA, contra el ciudadano..., al haberse evidenciado un pago en exceso respecto a lo que realmente correspondía pagar. Así se decide"

12 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 127.

13 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 520.

14 Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 732-734; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 128-131; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 516 y 517.

y el error de hecho o de derecho al realizar el pago[15]. Podemos resumir los requisitos o condiciones de la figura.

3.1. *Prestación a título de pago.* Esto es, la realización de una determinada prestación. Para algunos, el instituto se reduce a prestaciones que consistan en la entrega de cosas, ya sean en dinero o in *genere.* Pues en caso de prestaciones de hacer y obligaciones negativas, no les resultaría aplicables las reglas del pago de lo indebido (especialmente los efectos), sino la figura genérica del enriquecimiento sin causa. Pero no existe consenso sobre tal aspecto[16]. Y es que aunque ello sería reducir la palabra "pago" a obligaciones de dar, siendo sinónimo en general de cumplimiento, es difícil imaginar la devolución o repetición de lo pagado en una obligación de hacer o en una obligación negativa. Aunque la duda parece imputable a la escasa regulación legal que la doctrina le reconoce al enriquecimiento sin causa[17], que ha quedado reducido a una vía de escape cuando el supuesto no encaja en alguna de sus especies reguladas, como en el caso que nos ocupa.

3.2. *Ausencia de causa,* esto es "que la deuda que se está pagando no exista"[18]. La *ausencia de causas tiene lugar*: –porque nunca existió la obligación– porque no nació válidamente –cuando siendo el *solvens* un verdadero deudor no paga a su acreedor (CC, art. 1179)– cuando el verdadero acreedor recibe un pago de quien no era su deudor[19]. De allí que se aluda a que entre quien paga y quien cobra no exista la obligación[20].

3.3. Error del *solvens*. Error que puede ser de hecho o de derecho y radica en creer equivocadamente que existía a favor de quien cobra la obligación pagada, porque por ejemplo se pensaba que todavía no se había pagado la obligación que realmente se pagó antes o porque se pensó que existía una obligación que nunca hubo o porque se extinguió por otra causa distinta al pago (compensación o condonación[21]) o porque se piensa que se debe cuando no es así o porque el que recibe el pago no es el verdadero acreedor[22].

Para Ochoa un tercer requisito de la figura es que "el pago de lo indebido supone un error del *solvens*"[23]. Siendo para el autor una condición esencial

---

[15] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 185 y 186; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 903.

[16] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 732; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 128, con inclusión de nota 251.

[17] Véase *supra* este mismo tema Nº 2; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 127.

[18] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 36; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 56-58, Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. II, p. 621, pago, por error y carente de causa; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 903- 905.

[19] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 732 y 733; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 836, cuando el pago se ha hecho sin error pero sin ánimo liberal ni otra causa que lo justifique, solo será posible la restitución por vía del enriquecimiento sin causa.

[20] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 903.

[21] En el caso de la "prescripción" se paga bien y si ya ha sido declarada judicialmente, vale como obligación natural (*supra* tema 4).

[22] *Ibid.*, pp. 903 y 904.

[23] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 516.

de la presente obligación extracontractual[24]. Para algunos el error no es condición esencial de la figura pues lo relevante es la ausencia de causa. Otro sector doctrinal no concibe la prueba del error como necesaria para requerir la repetición de lo pagado, salvo que el legislador así lo exige[25]. Pero afirma Palacios Herrera que la manera más práctica de probar que el pago no tuvo causa es que se hizo por error. Por lo que aunque el error –para el autor– no es condición esencial del pago de lo indebido en la práctica con frecuencia su prueba es indispensable para que proceda la repetición[26]. Por contraste, para Ochoa en la práctica "le será suficiente al *solvens* probar solamente que el pago no era debido, es decir que la obligación era inexistente puesto que la intención de liberalidad de su parte no se presume"[27].Pareciera ser una discusión teórica, pues el error, pago indebido y ausencia de causa son ideas conexas en el tema que nos ocupa, de allí que la doctrina extranjera afirma que quien pagó debe probar que no existía la obligación, o lo que es lo mismo que el pago fue erróneo[28].

Quien alega un hecho debe probarlo, por lo tanto recae en el *solvens* la prueba de que pagó, la prueba del "error" si se considera esencial en la figura o la prueba de la ausencia de causa del pago. Esto es, debe desvirtuarse la presunción de causa (presunción *iuris tantum* de causa, art. 1158 CC) por cualquier medio probatorio. Quien paga a sabiendas que no debía no debe requerir protección. Al efecto, se indica que el que paga sin error se considera como "donación"[29] y no procede la figura.

Se agrega que es obvio que aquel a quien se reclama la devolución de lo pagado puede a su vez oponerse a la pretensión de pago indebido, bien porque efectivamente se debía o porque se actuó como liberalidad[30].

4. Efectos[31]

El principal efecto de la figura es la obligación de restitución o devolución. El que recibe el pago indebido contrae básicamente la obligación de restituir, y además si obró de mala fe la de indemnizar daños y perjuicios[32].

El *accipiens* de *mala fe* quien debe restituir tanto capital como interés y frutos desde el día del pago (CC, art. 1180)[33]. Si se trata de cosa determinada

---

[24] *Ibid.*, p. 517.

[25] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 130; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 733 y 734.

[26] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 126.

[27] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 517.

[28] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 904.

[29] Dominici, *ob. cit.*, p. 601; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 516, se considera con ánimo de liberalidad.

[30] Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 906 y 907.

[31] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 734-737; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 131-136; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 517-519.

[32] Véase: Albaladejo, *ob. cit.*, p. 905.

[33] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, Sent. 27-4-12, Exp. PP01-S-2009-000632, http://portuguesa.tsj.gov.ve/

debe restituirla si subsiste, si no su valor al día del emplazamiento para la contestación de la demanda por restitución, salvo el derecho del *solvens* de recibir la cosa deteriorada y una indemnización (CC, art. 1181).

En cuanto al *accipiens* de buena fe queda obligado a restituir solo en la medida de su enriquecimiento. No está obligado a restituir intereses (como consecuencia de lo considerado para el de mala fe). En caso de enajenación onerosa debe restituir equivalente, si es a título gratuito el tercero queda obligado dentro de los límites de su enriquecimiento (CC, art. 1182).

Con relación al *solvens* queda obligado a reponer al *accipiens* de buena o mala fe los gastos para la conservación (CC, art. 1183) y por mejor el menor valor entre impensas y mayor valor dado a la cosa (CC, 792).

Con relación a los *terceros*, puede si es a título oneroso quedar obligado o si es título gratuito se obliga según su propio enriquecimiento. Aplica la prescripción decenal[34].

5. Casos en que no procede[35]

La figura del pago de lo indebido no procede:

5.1. Ante obligaciones naturales (CC, art. 1178) que uno de sus efectos es que no se repite lo pagado[36].

5.2. En el caso de pago hecho por quien se creía deudor al verdadero acreedor y éste se ha privado de buena fe de su título o garantía o deja prescribir la acción (CC, art. 1179[37], segundo párrafo).

DECISIONES/.../1144-27-PP01-S-2009-000632 "la citada norma condiciona la restitución de lo pagado en exceso a la existencia de la mala fe, es decir, que si quien recibe el pago, lo hace a sabiendas de que ello no le corresponde, está en la obligación de devolver no solo el capital, sino los intereses o frutos que éste pudo haber generado. Es así como esta sentenciadora, debe dejar claro que en autos la parte accionante no trajo algún medio probatorio tendente a demostrar que el accionado ...hubiera actuado de mala fe, es decir que tuviera conocimiento de que ...le estaba realizado un pago excesivo; razón por lo esta administradora de justicia acogiendo el principio de la buena fe, dado que en todo proceso la buena fe se presume, la mala fe se comprueba, debe axiomáticamente el declarar IMPROCEDENTE la solicitud de la parte accionante respecto al pago de intereses moratorios del pago a repetir. Así se decide".

34 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 519.

35 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 737; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 135 y 135.

36 Véase *supra* tema 4.

37 "*La persona que por error ha hecho un pago a quien no era su acreedor, tiene el derecho de repetir lo que ha pagado. Este derecho no pertenece a aquél que, creyéndose deudor, paga al verdadero acreedor, cuando éste se ha privado de buena fe de su título o de las garantías de su acreencia, o ha dejado prescribir su acción. En este caso, el que ha pagado tiene un recurso contra el verdadero deudor*". Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 135 y 136.

5.3. Cuando quien recibe el pago enajena el bien a título gratuito al tercero. En tal caso la acción debe dirigirse contra el tercero (CC, arts. 1181[38] segundo párrafo y 1182[39], segundo párrafo).

[38] *"Quien ha recibido indebidamente una cosa determinada, está obligado a restituirla, si subsiste. Quien la ha recibido de mala fe, estará obligado a restituir el valor de la cosa que ha perecido o se ha deteriorado aun por caso fortuito, según la estimación que se haga para el día del emplazamiento para la contestación de la demanda de restitución, salvo el derecho, para quien ha dado la cosa indebida de exigir la misma cosa deteriorada y además una indemnización por la disminución de su valor. Quien recibió de buena fe la cosa indebida estará obligado, en caso de que no subsista o de deterioro, a la indemnización hasta él monto de lo que se ha convertido en su provecho"*

[39] *"Quien haya recibido la cosa de buena fe y la enajena antes de conocer su obligación de restituirla, está obligado a restituir el equivalente por él recibido, o a ceder la acción para obtenerlo. Si la enajenación ha sido hecha a título gratuito, el tercer adquirente queda obligado, dentro del límite de su enriquecimiento, para con el que ha hecho el pago indebido. Quien ha recibido la cosa de buena fe y la enajena después de haber tenido conocimiento de su obligación de restituir, queda obligado a restituir la cosa en especie o su valor, según la estimación que se haga para el día en que se exija la restitución, salvo, para quien haya pagado indebidamente, el derecho de exigir la prestación recibida en virtud de la enajenación, o la acción para obtenerla. En caso de enajenación a título gratuito, el adquirente, a falta de restitución de parte del enajenante, queda obligado dentro del límite de su enriquecimiento para con el que ha hecho el pago indebido".*

TEMA 23
El Enriquecimiento sin Causa[1]

SUMARIO: *1. Generalidades y noción 2. Requisitos 3. Efectos*

1. Generalidades y noción

La consideración del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones cuenta con partidarios en la doctrina moderna[2]. El enriquecimiento injustificado es fuente primaria y general de las obligaciones que constituye un principio normativo mucho más impreciso que el contrato o el ilícito dañoso[3]. Se trata de una fuente autónoma de las obligaciones provenientes de la ley y no de la voluntad lícita o ilícita de las partes[4]. Surgió en Roma hacia fines de la República, como regla moral de Derecho natural, teniendo aplicación jurídica en ciertos casos, no obstante la dificultad para elaborar una acción general[5]. La idea del instituto puede aparecer con relación a los contratos cuando se decreta su ineficacia y surge la obligación de restituir[6].

---

[1] Véase: Pittier, Emilio: *El enriquecimiento sin causa.* En: Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, Coord. Alfredo Morles e Irene de Valera, Vol. I, pp. 253-284; *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1981, pp. 383-435; Moisset de Espanes, *ob. cit.*, T. III, pp. 303-322; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 717-727; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 115-124; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 521-530; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 112-128; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 61-66; Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 410-430; Diez-Picazo y Ponce de León, Luis: *La doctrina del enriquecimiento sin causa.* Colombia, Pontifica Universidad Javeriana/Depalma/Grupo Editorial Ibáñez, 2011; Fábrega P., Jorge: *El enriquecimiento sin causa.* Panamá, La estrella de Panamá, s/f ; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. I, pp. 156-163; Lasarte, *Derecho...*, pp. 248-253; O´ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 566 y 567; Medina De Lemus, *ob. cit.*, pp. 159 y 160; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 293-296; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 908-912; Planiol y Ripert, *ob. cit.*, pp. 812 y 813; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 836-846; Moisset de Espanés, Luis: *Notas sobre el enriquecimiento sin causa I.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-21, www.acaderc.org.ar; Moisset de Espanés, Luis: *Notas sobre el enriquecimiento sin causa II.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-6, www.acaderc.org.ar; Núñez Lagos, Rafael: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español.* Madrid, Reus, 1934; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 153-159; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 10-8-12, Exp. 19.519, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2012/agosto/102-10-19.519-.html.

[2] Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, p. 80.

[3] Barros Bourie, Enrique (s/f): *Restitución de gananciales por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual.* Disponible en: http://*www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada14/2_BARROS.pdf*.

[4] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T.III, p. 303.

[5] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 155. Véase: Fábrega P., *ob. cit.*, p. 7, sus fuentes se hallan en el Digesto; Roca Sastre, Ramón María y José Puig Brutau: *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y Contratos*, España, Aranzadi/Thomson Reuters, 2009, Vol. I, Capítulo XIV, p. 572, se remonta a la historia romana; Pittier, *El enriquecimiento...*, p. 258, presenta antecedentes en el Derecho romano. No aparece en el Código Napoleón.

[6] Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, p. 83.

Vale recordar, según indicamos[7] que la doctrina patria está conteste que el enriquecimiento sin causa es el género de las demás figuras identificadas como cuasicontratos: "Si se observa con cierto detenimiento el fenómeno, se puede concluir que todo pago de lo indebido es un enriquecimiento sin causa, mas no al revés. Se puede afirmar, en otras palabras, que el enriquecimiento sin causa constituye el género, y el pago de lo indebido constituye la especie. Nuestro Código Civil ha sido criticado por esto, bajo el argumento de que la figura del pago de lo indebido estaría de más, al estar incluido en el enriquecimiento sin causa. Sin embargo, nótese cómo en estos casos la ley trae distintas soluciones al desequilibrio patrimonial"[8]. De allí que se afirme que el enriquecimiento sin causa es el género y entre sus especies o manifestaciones se ubica el pago de lo indebido y la gestión de negocios. Si éstas últimas fuesen borradas de nuestro CC llegaríamos a encontrar solución a través de la figura bajo análisis. Y así en la doctrina española se afirma que una regulación bien hecha de la figura del enriquecimiento sin causa nos ahorraría la figura de los cuasicontratos, que quedarían subsumidos en aquel[9].

Rodríguez Ferrara coloca el posible ejemplo del sujeto que se equivoca en el número de la planilla del Banco y su dinero termina en otra cuenta. Pues lo fundamental es la ausencia de motivo legal que justifique el enriquecimiento[10]. Ejemplo que responde más precisamente al "pago de lo indebido", y por el que se afirma que todo pago de lo indebido constituye enriquecimiento sin causa pero no viceversa[11]. De allí que no se precise la diferencia clara entre pago de lo indebido y enriquecimiento sin causa[12], aunque es evidente que la base técnica de la repetición es justamente un enriquecimiento injustificado del *accipiens*[13]. Pues tanto el pago de lo indebido como la gestión de negocios tienen su base moral en el principio del enriquecimiento sin causa[14].

En todo caso la discusión deja entrever la dificultad de distinguir la figura en estudio de sus especies. Por lo que pareciera que el enriquecimiento sin causa, como figura autónoma, resulta aplicable cuando el supuesto planteado no encuadre en alguna de sus dos especies reguladas por el CC ya estudiadas, a saber, gestión de negocios y pago de lo indebido.

Sin embargo, refiere Pittier que si bien una corriente doctrinaria señala que el pago de lo indebido y la gestión de negocios constituye subespecies

---

[7] Véase *supra* tema 3.

[8] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 37.

[9] Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, pp. 88 y 89, el autor cita a Castán, lo cual es absolutamente cierto respecto del pago de lo indebido aunque no tanto respecto de la gestión de negocios.

[10] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 37.

[11] *Ídem.*

[12] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 127.

[13] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 520.

[14] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 112.

de la figura, la doctrina francesa e italiana contemporánea las considera fuentes distintas aunque todas se basen en el principio de la equivalencia[15].

Se basa en que nadie puede aumentar su caudal a costa de otro sin que exista un motivo jurídico que lo justifique[16]. Se invoca así una regla o principio según el cual quien se enriquece sin causa o injustamente a costa de otro, debe restituir el importe del enriquecimiento; idea cuya exacta construcción desde el punto de vista teórico presenta notables dificultades. Habría pues que determinar en qué tipos de casos, es posible proceder a examinar si una atribución patrimonial o un enriquecimiento obtenido a costa ajena, presenta suficiente fundamentación desde el punto de vista jurídico[17].

La doctrina intenta aproximarse al análisis de supuestos particulares[18], entre los que se formulan dos hipótesis típicas: el enriquecimiento que deriva del hecho de haber conseguido una utilidad que constituía el objeto de un derecho ajeno; y el enriquecimiento que deriva del hecho de haber conseguido una utilidad que constituiría el fin de una actividad ajena. El primer caso acontece por ejemplo, en materia de propiedad obtener una ganancia que está reservada al propietario, extensible a otros derechos como reales, propiedad intelectual, de propiedad industrial. La segunda acontece, por ejemplo, ante la mejor de la cosa ajena, la actividad realizada por el poseedor en la producción y recogida de los frutos de la cosa cuando éstos estén atribuidos al propietario, etc.[19]

"El enriquecimiento sin causa supone fundamentalmente el aumento del patrimonio de un sujeto al tiempo que se empobrece el patrimonio de otro sujeto, sin que haya justificación amparada por el derecho entre ambos acontecimientos"[20]. La aparición de la teoría de la causa es la protagonista de una concepción social del Derecho. Supone fundar la restitución en la justicia objetiva[21], por lo que se afirma que la figura encuentra pues apoyo en la teoría de la causa de los contratos[22].

Cuando una persona obtiene un provecho de actos jurídicos o trabajo realizados por otra se encuentra sujeta a una obligación de restitución[23]. Ello igualmente con base a los principios de justicia y equidad[24] El enriquecimiento sin causa, denominado también "enriquecimiento injusto" tiene su fundamento en la atribución patrimonial sin causa; el que se ha

---

[15] Pittier, *El enriquecimiento...,* p. 254, y que hay diferencias que las tipifican.

[16] *Ibid.*, p. 256.

[17] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 293.

[18] Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, p. 147, pues el plano de la abstracción no permite salir de ésta.

[19] *Ibid.*, pp. 149 y 150, refiere la tipología esbozada en Italia por Trimarchi.

[20] Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 36 y 37.

[21] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 218

[22] Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, pp. 95-105.

[23] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 115.

[24] Véase: *Ibid.*, pp. 117 y 118.

enriquecido sin causa, debe restituir al empobrecido aquello en se enriqueció[25]. De allí que se afirme que la expresión completa que debería usarse es "enriquecimiento a costa ajena sin causa legítima"[26].

El enriquecimiento sin causa se proyecta conceptualmente con una doble funcionalidad: como principio general de Derecho y como acción concreta. Con base a la primera es un instrumento de interpretación y calificación de los contratos, de interpretación de la ley y justicia de las prestaciones[27]. Pero en este punto interesa la funcionalidad del enriquecimiento sin causa como acción de derecho, como mecanismo restitutorio de los trasvases patrimoniales injustificados[28]. Se ubica la "veda del enriquecimiento sin causa" porque resulta del simple desequilibrio objetivo que no justifica ni un derecho del enriquecido ni una liberalidad del empobrecido[29]. Por lo que el efecto de la figura se traduce en lograr el equilibrio patrimonial[30].

Dispone el artículo 1184 del CC: *"Aquel que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido".*

Así pues con base al instituto bajo análisis quien sin causa, esto es, sin motivo o razón jurídica, se beneficia económicamente de otro, está "obligado" (de allí que se considere como "fuente" de las obligaciones) a reponer o restablecer el equilibrio patrimonial. La ley utiliza una frase que algunos han considerado que rosa el límite de la petición de principio, a saber, dentro del límite del beneficio y el empobrecimiento del otro. Pero se aclara que lo que se pretende significar es simplemente que no media cualquier acción como la de daños y perjuicios sino una acción específica de la figura que pretende reversar lo ganado.

La legislación española a diferencia de la nuestra que presenta el citado artículo 1184 CC, no establece explícitamente ninguna regla sobre la figura y sin embargo se considera un principio que inspira el ordenamiento, que el enriquecido injustamente a costa de otra está obligado a resarcirle[31]. La doctrina española lo considera como principio general de Derecho[32].

La norma se introduce en el CC de 1942 inspirado en el artículo 73 Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones[33] teniendo origen romano. Muchas

---

25 O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 566.

26 Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 812.

27 Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 228.

28 *Ibid.*, 230.

29 López Mesa, *ob. cit.*, pp. 351 y 352.

30 Medina De Lemus, *ob. cit.*, p. 160

31 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 909.

32 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 837; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 909.

33 Véase: Oertmann, Paolo: *Indebito arricchimento ed atti illeciti nel progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni.* En: *Il progetto italo francese della obbligazioni (1927).Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione.* Milano, Giuffré Editore. Ressegna Forense, Quaderni 23, 2007, pp. 805-826.

normas del CC tienen su fundamento en el instituto, a saber, los artículos 1178, 1179, 557, 1176, 1699, 1701, 1733, 1773, 1609, 1349[34].

2. Requisitos[35]

2.1. *Enriquecimiento*: El demandado debe haber aumentado su patrimonio. De allí que bien aluda la doctrina española a "ventaja patrimonial"[36], aunque algunos discuten que pudiera ser moral[37], lo cual dificultaría notablemente la prueba y escaparía de la esencia de la obligación. Por lo que la pretensión de un beneficio extraeconómico o moral estaría excluida de la figura bajo análisis.

La mayoría de los autores consideran incompatible la idea de beneficio moral con la finalidad de la pretensión de enriquecimiento[38], aunque para algunos "son admisibles dentro del concepto de enriquecimiento los provechos de carácter moral, cuando entrañen consecuencias pecuniarias, cuando trascienden al patrimonio en forma apreciable en dinero, cuando se trate de una situación jurídica ventajosa[39]. Pero lo cierto, es que estamos ante una materia de eminente contenido patrimonial por lo que dudamos que en tal caso se concrete la respectiva relación de causalidad. De allí que se afirme que solo cabe hablar de enriquecimiento injusto en sentido económico, pues nadie puede enriquecerse a expensas de otro[40]. En sentido técnico constituye un desplazamiento de valor que provoca un incremento patrimonial en un sujeto a costa del patrimonio de otro[41]. El enriquecimiento es una consecuencia de la atribución sin causa y al mismo tiempo un presupuesto de la acción, así como es también la medida de la restitución. Por lo que su significación es triple[42].

---

[34] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 122 y 123, con inclusión de nota al pie 238; Pittier, *El enriquecimiento...*, pp. 261 y 262.

[35] Véase: Pittier, *El enriquecimiento...*, pp. 265-275; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 724-727; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 118-121; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 525-529; Roca Sastre y Puig Brutau, *ob. cit.*, pp. 585-587; Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 180 y 181, La jurisprudencia española supone la concurrencia para la figura de una ventaja patrimonial de un sujeto; empobrecimiento de otro, carencia de causa que lo justifique; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 910 y 911; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 155 y 156; *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184...*, pp. 395-422; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 10-8-12, Exp. 19.519, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2012/agosto/102-10-19.519-.html "Son: 1. Un enriquecimiento, 2. Un empobrecimiento, 3. Relación de causa a efecto en el empobrecimiento, 4. Ausencia de causa".

[36] Véase: Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 180 y 181; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 839 y 840; Fábrega P., *ob. cit.*, p. 49.

[37] Fábrega P., *ob. cit.*, p.50.

[38] Núñez Lagos, *ob. cit.*, p. 109.

[39] *Ibid.*, p. 110.

[40] Roca Sastre y Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 569; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 117, es más aceptable el principio seguido por el Derecho alemán y el suizo, no cabe enriquecimiento moral. El enriquecimiento ha de ser siempre patrimonial.

[41] Roca Sastre y Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 570.

[42] Núñez Lagos, *ob. cit.*, p. 108.

La figura atiende a la transferencia injustificada de patrimonio[43]. Se aprecia decisión judicial que indica que "se hace imprescindible para el demandante probar no sólo la realización de actividades en favor de otro, sino que además debe probar que estas produjeron un incremento patrimonial efectivo al beneficiario con una correspondiente desventaja en el peculio del ejecutor de dichas actividades. Cumplidos dichos extremos, lo procedente para el órgano jurisdiccional sería ordenar la reparación del patrimonio del empobrecido hasta la concurrencia del beneficio obtenido por la otra parte[44].

2.2. *Empobrecimiento*: El actor debe acreditar una merma en su patrimonio que no le sea imputable bien sea por una disminución propiamente dicha o por no acontecer un incremento que debía darse. Se precisa a la par del enriquecimiento de una parte, el correlativo empobrecimiento de la otra, que rompe el equilibrio de las prestaciones[45].

El enriquecimiento puede asumir dos modalidades: un aumento del patrimonio o una disminución del patrimonio[46]. Se distingue así entre el enriquecimiento positivo y enriquecimiento negativo según como se descompongan los actos que le dan origen[47]. Puede haber «enriquecimiento negativo»[48], como consecuencia de un ahorro de gastos, así como existen hipótesis de «empobrecimiento por pérdida de expectativas»[49]. Hoy, con más propiedad, se habla de la «correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento». Pero en todo caso debe diferenciarse del supuesto del lucro cesante como especie del daño patrimonial y más aún de la figura de la pérdida de la oportunidad que estudiamos a propósito del daño "cierto" a propósito de la

---

[43] Pittier, *El enriquecimiento...*, p. 254.

[44] TSJ/SPA, Sent. 00067 de 17-1-08. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00067-17108-2008-2006-1355.HTML "En el caso bajo examen aprecia la Sala que la contratista ejecutó ciertas obras en el Terminal de Pasajeros del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, pero no consta en forma alguna de las actas que conforman el expediente el valor de las mencionadas obras ni en qué oportunidad se ejecutaron. En efecto, no hay prueba en los autos de los costos, gastos y demás erogaciones en las cuales presuntamente incurrió la demandante".

[45] TSJ/SCC, Sent. 01147 de 29-9-04, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-01147-290904-02866.htm "... lo demandado en el presente caso fue un enriquecimiento sin causa, toda vez que el demandado se benefició con el cobro de unos cheques sin que la actora lo autorizara ni tampoco la ley, lo que *tuvo por efecto un empobrecimiento en el patrimonio* de la actora. En otras palabras, conforme a esos hechos el juez consideró que s*e rompió el equilibrio económico de las partes*, porque el demandado pasó a su patrimonio unos bienes (cobro de cheques) sin que la ley lo autorizara a ello" (destacado nuestro).

[46] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 118.

[47] Véase: Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, pp. 310 y 311. Aunque el autor refiere que el positivo se asocia al lucro emergente y el negativo consiste en la no disminución del patrimonio en los casos que debía disminuir. Algunos lo llaman enriquecimiento por ahorro; Núñez Lagos, *ob. cit.*, pp. 114-118.

[48] Núñez Lagos, *ob. cit.*, p. 117, cuando una disminución del patrimonio ha sido evitada.

[49] Moisset de Espanés, *Notas...*, p. 6.

responsabilidad civil[50]. Pues veremos que la acción que deriva del enriquecimiento sin causa[51] no se compadece con la acción de daños y perjuicios.

Se afirma que en realidad, enriquecimiento y empobrecimiento para que el Derecho los aprecie, son dos caras del mismo fenómeno producido por la atribución sin causa[52].

2. 3. *Relación de causalidad* (entre empobrecimiento y enriquecimiento)[53]: Esto es, debe mediar una relación de causa a efecto o conexión directa entre el empobrecimiento del actor y el enriquecimiento del demandado.

2.4. *Ausencia de causa*[54]*:* No ha de existir entre las partes una circunstancia o motivo jurídico que justifique la existencia de la ventaja o beneficio patrimonial. Causa en el sentido referido a propósito de los elementos del contrato. De allí que se afirme que la figura encuentra justificación en dicho requisito del contrato[55]. El concepto de causa en la teoría del enriquecimiento sin causa, va siempre referido al ingreso de la atribución en el patrimonio enriquecido[56]. Al efecto, se indica que la prueba de la ausencia de causa le incumbe al actor[57].

Se hace referencia a que si existe una causa que justifique el enriquecimiento como un contrato o la ley, no procede la figura[58]. Se aprecian decisiones judiciales que indican que la acción de enriquecimiento sin causa no es procedente cuando existe un contrato[59] por tener carácter subsidiario. Es decir, en principio cuando media un enriquecimiento producto de un contrato.

---

[50] Véase *supra* tema 10.

[51] Véase sobre el momento en que debe apreciarse el empobrecimiento y el enriquecimiento: Pittier, *El enriquecimiento...,* pp. 275-285.

[52] Núñez Lagos, *ob. cit.*, p. 112.

[53] Véase: Lasarte, *Derecho...,* p. 252, el empobrecimiento de una de las partes y el enriquecimiento de la otra deben encontrarse estrechamente interconectados.

[54] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 910, que el enriquecimiento carezca de razón jurídica que lo fundamente, bien porque falte todo acto que lo constituya o porque su ilegalidad lo descarte el ordenamiento jurídico.

[55] Véase sobre la falta efectiva de causa en la figura: Núñez Lagos, *ob. cit.*, pp. 91-106.

[56] *Ibid.*, p. 105.

[57] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 121; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 10-8-12, Exp. 19.519, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2012/agosto/102-10-19.519-.html "Dada la forma como se han producido los hechos que configuran la presente pretensión, y tomando en cuenta que el patrimonio de la parte demandada aumentó ostensiblemente por el error en el que incurrió el demandante, ciudadano..., como quedó probado en la secuela del juicio, surge como derivación de ello para el sujeto pasivo de la relación procesal, la obligación de reembolsar el pago contenido en las documentales analizadas y valoradas, dentro de los límites de su enriquecimiento, lo que por vía de consecuencia permite al actor restablecer su situación patrimonial afectada en los límites de su empobrecimiento todo lo cual se subsume en lo establecido en el artículo 1.184 del Código Civil. Así se decide" (destacado nuestro).

[58] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 726 y 727.

[59] CSJ/SPA, Sent. 6-11-91, J.R.G., T. 119, p. 596; DFMS1C, Sent. 30-7-70, J.R.G., T. 27, pp. 49 y 50, no procede cuando exista relación contractual.

2.5. *No es necesario que exista negligencia, mala fe o ilicitud de la conducta*: Puede darse con ignorancia o inclusive de buena fe por parte de quien recibe la atribución[60]. El enriquecimiento no supone un juicio de antijuridicidad[61]. El enriquecimiento sin causa es ajeno a toda noción de culpa, es una fuente neutra de la obligación (no media culpa, ni riesgo, ni voluntad)[62].

3. Efectos[63]

Se cita que propicia la *acción in rem verso*[64], que pretende restablecer el equilibrio patrimonial, logrando una indemnización justamente igual o limitada al enriquecimiento experimentado, sin que se pueda exceder más allá de allí, por no tratarse de una indemnización de daños y perjuicios. Vale recordar que la figura y por ende la acción procede al margen de la culpa. No constituye una acción de responsabilidad civil que tienda a reparar todo el daño.

La acción *in rem verso* presenta carácter *subsidiario*[65], de tal suerte que no prospera si procede otra acción (así lo prevé expresamente el CC italiano de 1942 a diferencia del nuestro). Agrega Palacios Herrera que las limitaciones de la acción *in rem verso* impiden que se ejercite abusivamente, pues el demandante obtendrá menos que con la acción específica[66]. Sin embargo, algunos no ven una nítida línea divisoria entre el hecho ilícito y el enriquecimiento sin causa[67].

Pero se aclara que la figura en estudio no precisa culpa a diferencia del hecho ilícito; y el enriquecimiento sin causa alcanza a los incapaces de obrar privados de discernimiento, mientras que el incapaz sin discernimiento no responde por hecho ilícito (1186 CC), pues la capacidad delictual depende

---

[60] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 840.

[61] Barros Bourie (s/f).

[62] Pittier, *El enriquecimiento...*, p. 253.

[63] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 121 y 122; Roca Sastre y Puig Brutau, *ob. cit.*, pp. 587-589.

[64] Véase: Núñez Lagos, *ob. cit.*, pp. 155 y ss.; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 722-724; Véase jurisprudencia en: *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184...*, pp. 425-432.

[65] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 529, no puede ser intentada cuando el empobrecido dispone de otra acción; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 116; Pittier, *El enriquecimiento...*, p. 263; *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184...*, pp. 417-421; Philippe, Remy: *Le príncipe de subsidiarité de l´action de in rem verso en droit francais.* En: L´enrichissemet sans cause. La classification des sources des obligations. France, Université de Poitiers. Collection de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales, 2007, pp. 59-69; CSJ/SPA, Sent. 6-11-91, J.R.G., T. 119, p. 596; DFMS1C, Sent. 30-7-70, J.R.G., T. 27, pp. 49 y 50, la acción de enriquecimiento sin causa es de carácter subsidiario y sólo es procedente cuando se carezca de otro vía legal para obtener el mismo resultado.

[66] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 123.

[67] En España entre las fuentes por excelencia de las obligaciones se ubican éstas y el contrato. Véase: Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, p. 94, habrá que confesar que la relación entre Derecho de Enriquecimiento con el Derecho de Daños ha de matizarse. Este último trata de resolver el problema del daño derivado de la culpa. A la inversa podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en lo que no puede hablarse rigurosamente de daño en sentido técnico. Hay casos de invasión o de intromisión en el ejercicio de un derecho ajeno en que se dan los presupuestos del Derecho de daños y del enriquecimiento sin causa.

del discernimiento. Mientras que se responde en forma principal del enriquecimiento injusto[68]. En el hecho ilícito no se precisa que el agente se haya enriquecido, en tanto que la acción *in rem verso* precisa que haya operado enriquecimiento del demandado y empobrecimiento del actor. A ésta última se reduce estrictamente el monto de la indemnización por enriquecimiento sin causa, a diferencia de del hecho ilícito que se extiende al daño moral y material[69]. Sin embargo, se aclara que de mediar mala fe en el enriquecimiento sin causa podría tener lugar una acción más amplia por hecho ilícito, a saber, daños y perjuicios[70].

La norma citada del 1184 CC indica que la acción procede dentro "*límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido*", por lo que la situación es lejana a una acción de daños y perjuicios sino que simplemente pretende el restablecimiento patrimonial. Algunos dudan que dicha acción sea diferente a una acción de reembolso[71]; más aún, dudan de que la figura no esté incursa en simples peticiones de principio al definir el enriquecimiento injusto por el empobrecimiento de otro, por lo que se precisaría romper el círculo vicioso reduciendo su campo de aplicación intentando una tipificación o formación de tipos que permitan una concreción de la regla[72].

No hay dificultad en admitir que la figura impone a la persona que ha obtenido un valor económico, la obligación de restituirlo atendiendo al hecho de que la obtención de ese valor presenta determinadas taras o anomalías. La dificultad estriba en precisar cuáles de éstas últimas determinarían la obligación restitutoria[73]. Recientemente consideramos la posibilidad de la acción *in rem verso* si se configuran sus requisitos no obstante la existencia de capitulaciones matrimoniales[74].

A la tesis del enriquecimiento injusto se la puede llamar a la moralización de la vida jurídica, mediante la rectificación de los resultados de las ope-

---

68 Véase art. 1349 CC: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 729; Pittier, *El enriquecimiento...*, p. 263, la acción *in rem verso* procede al margen de la capacidad o imputabilidad.

69 Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 116.

70 Pittier, *El enriquecimiento...*, pp. 268 y 269.

71 Véase: Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, p. 191.

72 *Ibid.*, pp. 195 y 196.

73 *Ibid.*, p. 71.

74 Véase: Domínguez Guillén; María Candelaria: *Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad.* En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nº 5 Edición Homenaje a Fernando Ignacio Parra Aranguren, Caracas, 2015, pp. 335-380, especialmente páginas 366-372. Véase en el mismo sentido, aunque propone *de lege ferenda* la figura de la indemnización compensatoria: Ochoa Múñoz, Javier: *Reflexiones sobre la conveniencia de una Reforma legislativa en el régimen de matrimonio y el divorcio en Venezuela. La precaria situación jurídica del cónyuge casado bajo régimen convencional de separación de bienes.* En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés". Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 91-123, especialmente p. 113.

raciones jurídicas que se consideren indeseables, en aras de la valoración ética de los mismos[75]. Sin embargo, señala Díez-Picazo que la figura es un mecanismo de escasa utilidad práctica, si se prescinde de la línea de un derecho judicial, que no quiera estar vinculado a normas y precedentes[76]. Ello es compartido por algunos indicando además que desde el punto de vista moral hay casos en que el Derecho no obliga a restituir enriquecimientos injustos como el caso de la usucapión o la ganancia contractual producto de la autonomía de la voluntad. Por lo que la figura prosperaría cuando exista una falta de atribución patrimonial[77].

Se aclara que no se debe confundir la acción *en rem verso* con supuestos en que la ley obliga a restituir, pues se trata de una fuente de las obligaciones con sustantividad propia[78]. La figura puede obviamente ser susceptible de extinción, por ejemplo por prescripción, renuncia, confusión, cumplimiento, etc.[79].

---

[75] Díez-Picazo y Ponce de León, *ob. cit.*, p. 63.

[76] *Ibid.*, p. 64.

[77] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 838.

[78] Roca Sastre y Puig Brutau, *ob. cit.*, pp. 583 y 584.

[79] *Ibid.*, pp. 585-596.

TEMA 24
La Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Fundamento 3. La responsabilidad civil por hechos propios culpables 4. Responsabilidades civiles especiales o complejas*

1. Noción

La responsabilidad en un sentido amplio, es una noción en virtud de la cual se atribuye a un sujeto el deber de cargar con las consecuencias de un evento cualquiera[2]. La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima[3].

La responsabilidad civil puede definirse como aquella institución jurídica destinada a proporcionar a quien ha sufrido un daño como consecuencia de la conducta, activa u omisiva, de otra persona, los mecanismos jurídicos

---

1 Véase: Mélich Orsini, José: *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I y T. II; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *El incumplimiento contractual o el hecho ilícito (Primer elemento o requisito de la responsabilidad civil);* http://www.menpa.com/PDF/2006-Incumplimiento_contractual_ohechoilicito_CEAS.pdf; Carnevali de Camacho, Magaly: *Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito.* Mérida, Universidad de los Andes, 1982; Carnevali de Camacho, Magaly: *Fundamento e historia de la responsabilidad extracontractual por hecho propio.* En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad de los Andes Nº 14, 1985-1986, pp. 83-108; Carnevali de Camacho, Magaly: *Elementos de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio.* En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad de los Andes Nº 17, 1992-1993, pp. 11-40; Maduro Luyando, *Curso...,* pp. 606-716; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 28 y ss.; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 37 y 38; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 547 y ss.; Dominici, *ob. cit.*, pp. 608 y ss.; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 52-59; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 331-334; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 159-164; Vielma Mendoza, Yoleida: *Responsabilidad civil y responsabilidad moral. Hacia una responsabilidad más objetiva.* En: Dikaiosyne Nº 12, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas, junio 2004, pp. 173-186; Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil.* Santiago-Chile, Ediar Editores LTDA, 1983; Martínez Rave, Gilberto: *Responsabilidad civil extracontractual.* Bogotá, Temis, 10ª edic., 1998, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: *Derecho de Daños.* Madrid, Civitas, 1999; Hart, H.L.A: *La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas.* Pp. 87-108, http://www.palermo.edu/**derecho**/revista_juridica/pub-10/10Jurica03.pdf; Peirano Facio, Jorge: *Responsabilidad extracontractual.* Bogotá, Temis, reimpresión de la 2ª edic., 2004; Arango Duque, Luis Fernando: *La responsabilidad civil en la legislación colombiana.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1974; De Gasperi, Luis: *Tratado de Derecho Civil IV. Responsabilidad Extracontractual.* Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964 (con la colaboración de Augusto M. Morello); Parra Aranguren, Gonzalo: *Las obligaciones extra-contractuales en el Derecho Internacional Privado.* En: Revista de la Facultad de Derecho Nº 20. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1974-75, pp. 11-65.

2 Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 262; Martínez Rave, *ob. cit.*, p. 3; Ossorio Serrano, Juan Miguel: *Lecciones de Derecho de Daños.* Madrid, La Ley, 2011; Domínguez Guillén, María Candelaria: *El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial...*, pp. 163-165; López Herrera, Edgardo: *Introducción a la responsabilidad civil.* http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf .

3 Le Tourneau, Philippe: *La responsabilidad civil.* Colombia, Legis, 2004. Trad. Javier Tamayo Jaramillo, p. 21; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 847, el régimen de responsabilidad civil establece el conjunto de reglas relativas a qué daños deben ser reparados, en qué supuestos, a qué sujetos se les debe imputar la responsabilidad y con arreglo a qué criterios.

necesarios para obtener su reparación o una compensación[4]. La responsabilidad civil es la obligación de resarcir que pesa sobre el patrimonio de la persona que ha causado un hecho ilícito[5]. Un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En Derecho Civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra[6]. Vale recordar que la expresión "responsabilidad civil" engloba tanto la que deriva del incumplimiento defectuoso del contrato como la que se contrae al margen de una obligación previa, a saber, responsabilidad extracontractual[7].

"Todo el que ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo" constituye principio fundamental del Derecho Civil patrimonial y es la idea que soporta el sentido de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil se traduce así en la "obligación" de reparar el daño causado por nuestra conducta culposa.

Se distingue entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, según derive de un contrato o de una fuente distinta a éste[8]. De tal suerte que cuando la "obligación" de reparar el daño causado no deriva de un contrato o cuasicontrato sino que es consecuencia de la inobservancia del deber general de no dañar a los demás estamos antes la "*responsabilidad civil extracontractual*"[9].Si se está en sede contractual no procede la responsabilidad objeto de análisis[10], salvo como se indicó, la posibilidad de cúmulo o más bien "opción", por configurarse autónomamente un hecho ilícito, al margen de la relación contractual[11]. Supone la obligación de responder patrimonialmente por el daño causado derivado de un "hecho ilícito". Este último viene dado por una conducta antijurídica y culpable que le ocasiona un daño a otro. Se denomina también responsabilidad legal.

Se afirma con base a los elementos que lo conforman que el hecho ilícito es una conducta antijurídica, culpable y dañosa que impone a su autor la obligación de reparar los daños, esto es, que propicia responsabilidad

---

[4] Álvarez Olalla, *ob. cit.*, pp., 189 y 190.

[5] AMCS4CMT, Sent. 16-9-97, O.P.T., Sep. 97, p. 167.

[6] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 11.

[7] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 849 y 850.

[8] Véase *supra* tema 13.

[9] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículo 1.185*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Ediciones de la Biblioteca, 2001, pp. 78-140.

[10] Véase: Juzgado Vigésimo Octavo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 30-4-15, Exp. AP31-V-2014-000135, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/ABRIL/3070-30-AP31-V-2014-000135-.HTML "...la figura del Comodato, es decir, préstamo de uso...necesariamente debe declarar, como en efecto declara, SIN LUGAR la demanda intentada ya que la vía correcta es la que se encuentra enmarcada y regulada en materia de contratos verbales de comodato a tiempo indeterminado y no como equivocadamente lo intento la parte actora, basándose en ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS CAUSADOS POR HECHO ILÍCITO...".

[11] Véase *supra* tema 13.3.

civil. O dicho de otra manera, hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa un daño a otro y que responsabiliza civilmente[12]. El hecho ilícito constituye un hecho culposo e injusto que causa un daño[13]. Por lo que cualquier acto ilícito que ocasione o depare un daño cualquiera a otro sujeto de Derecho debe conllevar al nacimiento de la consiguiente obligación de reparar o indemnizar dicho daño[14].

Esto, por cuanto las obligaciones no se derivan sólo de los contratos, sino que nacen también a consecuencia de ciertos actos u omisiones ilícitas en que medie cualquier especie de culpa o negligencia. Tal responsabilidad extracontractual se caracteriza por la inexistencia de vínculo obligatorio entre el autor del daño y la víctima del mismo[15]. Habría que acotar que más bien cabe aludir a la inexistencia de vínculo obligatorio "preexistente", toda vez que ciertamente, el hecho ilícito es "fuente" de las obligaciones.

La norma básica de la materia viene dada por el artículo 1185[16] del Código Civil: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*".

Dicha disposición establece en forma general la responsabilidad civil extracontractual o por hecho ilícito. Según la cual somos responsables del daño causado a los demás por culpa o dolo. Esta constituye el régimen ordinario y general basado en la culpa, sin perjuicio de los distintos regímenes especiales en materia de responsabilidad civil que incluyen la culpa objetiva inclusive en el propio Código Civil. Pero cuando no disponga la ley un régimen especial de responsabilidad, "la responsabilidad ordinaria es el supuesto general o normal del hecho ilícito", y está consagrada en el artículo 1185 CC[17].

La doctrina ha tratado ampliamente la referencia a la responsabilidad civil[18] en diversos ámbitos inclusive en la prestación de servicios profesionales u oficios[19], pero el citado artículo 1185 del CC consagra la

[12] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 170 y 171.

[13] AMCS4CMT, Sent. 16-9-97, O.P.T., Sep. 97, p. 167.

[14] Lasarte, *Derecho...*, p. 256.

[15] Lasarte, *Curso...*, p. 413.

[16] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículo 1.185...*

[17] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 628, la cual es personal porque el autor es el responsable y la víctima tiene la carga de la prueba del hecho ilícito.

[18] Véase: Madrid Martínez, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios*; Madrid Martínez, *Breves consideraciones...*, pp. 314-327.

[19] Véase: Rodríguez de Bello, Gladys: *Responsabilidad civil de los registradores y notarios.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela Nº 122, 2001, pp. 103-129; Mélich Orsini, José: *La responsabilidad civil del abogado...*, pp. 41-55; Abreu Burelli, Alirio: *La responsabilidad civil del Juez y del Estado venezolano derivada del error judicial.* En: Revista de la

responsabilidad civil extracontractual basada en la culpa del agente "con independencia del ámbito de la vida social en que se haya producido"[20].

2. Fundamento[21]

Se afirma que la norma del artículo 1185 CC consagra un principio general de derecho[22], pues es justo y lógico que quien ocasione un daño a otro lo repare. Se ha indicado inclusive respecto de otros ordenamientos que dicho principio que consagra el deber de no dañar a los demás tendría proyección constitucional[23]. El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil.

Sobre el fundamento de la responsabilidad civil, esto es, la idea que la justifica o soporta, se han referido razones filosóficas, económicas, etc.[24], pero *ab initio* suele primeramente asomar el sentido de justicia o equidad.

Fundación Procuraduría General de la República Nº 16, 1996, pp. 17-44; LEAL WILHELM, Salvador: *Responsabilidad civil del funcionario público en razón de delito.* En: Ensayos de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca, Colección Libros Homenaje Nº 13. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. I, pp. 939-958; ARGUELLO LANDAETA, Israel: *Las responsabilidades derivadas del fraude procesal.* En: Tendencias actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp. 289-303; PORTELES MENDOZA, Omar: *La responsabilidad civil del médico y de los establecimientos asistenciales.* En: Revista THEMIS Nº 1, Colegio de Abogados del Estado Lara, septiembre-diciembre 1996, pp. 123-135; ZURITA, Omaira: *La responsabilidad civil del médico en ejercicio liberal de la profesión.* En: Revista de Derecho Privado Nº 6, Caracas, Vadell, enero-diciembre 1989, pp. 105-161; ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: "*El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas en casos de mala praxis médica, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*". En: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, SALAVERRÍA, Ramos, Romeros y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 61-90; FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía: *Presente y futuro de la responsabilidad médica.* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 421-447.

[20] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 847.

[21] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 99-127. Se discute el fundamento de la responsabilidad extracontractual, a través de la evolución en varias etapas: la de la venganza privada; las composiciones voluntarias; la de las composiciones legales; la de represión de los delitos por el Estado; PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, pp. 134-178. En sentido semejante a propósito de su evolución: MÉLICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 21-35.

[22] Véase: RODRÍGUEZ PITTALUGA, *ob. cit.*, p. 526; GARRIDO CORDOBERA, Lidia: *Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 22, www.acaderc.org.ar.

[23] Véase: PIZARRO, Ramón Daniel: *La corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras*), http://aulavirtual.**derecho**.proed.unc.edu.ar/.../Pizarro._Jerarquia_**constituciona**...la Corte argentina proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido –que deriva del principio *alterun non laedere*– tiene, en nuestro sistema, raíz constitucional, sea que se lo considere como un derecho autónomo o emplazado en el derecho inferido de la garantía de propiedad.

[24] LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *ob. cit.*, la justicia conmutativa y la distributiva dan sólido basamento a la obligación de indemnizar.

La finalidad principal de la responsabilidad civil es la de la reparación del daño causado. De allí que se afirme que la responsabilidad civil presenta una finalidad fundamentalmente *reparatoria*[25], indemnizatoria, compensatoria[26] o restitutoria[27].

Pero también pudiera bien verse en ella un sentido *preventivo*[28] que conduce a los ciudadanos a tener prudencia para evitar el compromiso de la responsabilidad. Tal sentido evasivo se asocia a uno de los fines fundamentales del Derecho como medio para "prevenir" conflictos y no sólo resolverlos. En efecto, si sabemos que seremos sujetos de responsabilidad patrimonial en caso de dañar a los demás, seguramente nos reprimiremos de ese actuar dañoso. De allí pues que la doctrina haya visto también una función preventiva de la responsabilidad civil más allá de la meramente reparatoria, a pesar que el resarcimiento del daño moral tradicionalmente entraña esta última[29]. Otros añaden una función demarcatoria (lo que no está permitido) y distributiva (tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva) toda vez que la función compensatoria no excluye otras funciones como la preventiva[30].

Finalmente, si bien la responsabilidad civil no presenta un sentido sancionatorio[31], se acota el matiz simplemente "*punitivo*"[32], a saber de "castigo", pues aunque se insiste que la función de la figura es reparar el daño, no está de más admitir que la víctima se siente de alguna manera compensada en apreciar que el Derecho sanciona a su agresor. Y de allí que se aluda en algunas legislaciones como la de Estados Unidos de Norteamérica "*daños punitivos*"[33], como aquellos que se otorgan por vía judicial por encima de los daños compensatorios con el propósito de "castigar" al demandado y enseñarle que no repita su conducta, y además para disuadir a los terceros que no sigan su ejemplo[34]. Pero tal sentido de premio al actor, es contrario

[25] Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 849, puede cumplir también una función preventiva o disuasoria de futuros daños pues reparación y prevención no son términos incompatibles.

[26] Véase utilizando tal término: TSJ/SCons., Sent. 1542 del 17-10-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1542-171008-08-0550.htm cabe destacar que cuando el Código Civil hace referencia a indemnización no debe entenderse como un medio para hacer desaparecer el daño, sino como una compensación mediante el otorgamiento de un bien que sea capaz de proporcionar una satisfacción susceptible de reemplazar aproximadamente el menoscabo sufrido.

[27] Peirano Facio, *ob. cit.*, p. 48.

[28] Véase *supra* tema 1.7.11.2.

[29] Bueres, *ob. cit.*, p. 13.

[30] López Herrera, Edgardo, *ob. cit.*

[31] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 848.

[32] Le Tourneau, *La responsabilidad civil.* ..., p. 21, de pena privada, especialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero.

[33] Véase: Díaz-Candia, Hernando*: Los daños punitivos y sus límites constitucionales.* En: Revista del Tribunal Supremo de Justicia Nº 23. Caracas, 2006, pp. 13-26; Pittier Sucre, *Reflexiones...*, p. 645; De Ángel Yágüez, Ricardo*: Daños punitivos.* Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2012, p. 21, daño punitivo no es un concepto uniforme, se trata de un concepto móvil y no estático.

[34] Díaz-Candia, *ob. cit.*, p. 14.

con los principios inspiradores del Derecho Civil continental o francés[35] en el que se inspira nuestro Derecho[36], pues según indicamos la liquidación no debe ser ni más ni menos que de la medida del daño. Se indemniza no como una sanción sino como una necesidad de satisfacer a quien ha sufrido el menoscabo[37].

3. La responsabilidad civil por hechos propios culpables[38]

3.1 *El hecho ilícito*[39]

El hecho ilícito constituye una conducta antijurídica[40] y culpable que causa un daño a otro[41]. Por lo que la antijuricidad[42], esto es, ser contrario a Derecho, por constituir una situación prohibida por el orden jurídico es una nota necesaria o característica del hecho ilícito.

Sus elementos esenciales son: *daño, culpa y relación de causalidad*[43]. Tales requisitos son concurrentes[44] y constituyen los elementos de la responsabilidad civil por hecho propio[45] referidos por la jurisprudencia[46]. De allí que se afirme que para que medie acto ilícito deben concurrir: un elemento obje-

---

35 *Ibid.,* p. 15.

36 Véase: *ibid.,* pp. 16 y 17; Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. III, p. 30; Tapias Rocha, *ob. cit.*, pp. 236, no existe en el Derecho colombiano *"punitives damages"*.

37 Padilla, *ob. cit.*, p. 18.

38 Véase: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 17-354; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 547, alude a "responsabilidad civil por hecho personal". Véase utilizando tal terminología para referirse al equivalente en el Derecho español: Albaladejo, *ob. cit.*, p. 924; Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 45-75; Lasarte, *Derecho...*, p. 266, alude a "responsabilidad subjetiva o culposa por hechos propios".

39 Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículo 1.185*, pp. 141-480; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, 13-33; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 547-601; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 66-88; Abeliuk Manasevich, *ob. cit.*, T. I, pp. 164 y ss., Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 237-305.

40 López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 313 y 314, la antijuricidad se deriva del incumplimiento de una norma primaria, a saber, nadie puede causar un daño a otro.

41 Véase: AMCS4CMT, Sent. 16-9-97, OPT, sep. 97, p. 167, el hecho ilícito es un hecho culposo e injusto que causa un daño. A la parte actora le corresponde la carga de demostrar la culpa, el daño y la relación de causalidad.

42 Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 67-69.

43 AMCS4CMT, Sent. 16-9-97, O.P.T., sep. 97, p. 167; Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Sent. 4-5-15, Exp. 3079, http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/1323-4-3079-.HTML; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 23-2-06, Exp. 8051, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/febrero/515-23-8051-46.html.

44 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 000644 de 22-10-14, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/170520-RC.000644-221014-2014-14-173.HTML; TSJ/SPA, Sent. Nº 00201 del 20-2-08, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00201-20208-2008-2004-0154.HTML.

45 Véase: Lasarte, *Derecho...,* pp. 265-280; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 865 y ss.; Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 191-200; Facio, *ob. cit.*, pp. 489-494; Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-5-13, Exp. Nº AP71-R-2012-000725/6.428, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/**2013**/mayo/2147-20-AP71-R-2012-000725-6.428-13.html.

46 Véase: TSJ/SCS, Sent. Nº 1040 del 14-09-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/1040-140904-03742.html.

tivo (violación del orden legal); elemento subjetivo (voluntariedad del acto ya sea imputable por dolo o culpa); elemento externo o material: el daño[47]. El principio elemental que preside la responsabilidad extracontractual es que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias del daño. De allí que del perjuicio nace una obligación de indemnizar[48]. Vale recordar entonces los elementos estudiados en la responsabilidad contractual aplicados *mutatis mutandi* a la responsabilidad que nos ocupa.

Algunos agregan a lo anterior "*la imputabilidad*" asociada a la conciencia o discernimiento de conformidad con los artículos 1186 y 1187 del CC[49]. Se precisa que el daño sea consecuencia de la conducta del sujeto imputable[50] a fin de que medie *imputabilidad* o *capacidad delictual,* la cual es independiente de la capacidad de obrar[51], y supone que el autor sea capaz de responder por hecho ilícito[52], lo que acontece a tenor del artículo 1186 del CC[53], cuando el incapaz actúa con discernimiento[54]. Y así por ejemplo tienen en principio imputabilidad o capacidad delictual el adolescente o un entredicho respecto del que se pruebe que actuó en un momento de lucidez.

De allí que algunos autores como Ochoa luego de referir los requisitos de daño, la culpa y la causalidad, aluden al "discernimiento"[55]. En el mismo sentido, la doctrina española[56], afirma que en realidad la imputabilidad relativa a la exigencia de la capacidad de entender y de querer no constituye un presupuesto de la responsabilidad civil, pues la expresión se asocia más al ámbito penal[57]. Aspecto importante porque de carecer la persona de capacidad delictual, queda dirigirse al sujeto que detenta su custodia o cuidado, bien sea por responsabilidad especial compleja o a falta de tal por responsabilidad por hecho propio.

La responsabilidad directa surge no solo para las personas naturales sino también para las incorporales. Ambas como sujetos de obligaciones, tienen la obligación de asumir las consecuencias que surgen del hecho dañoso. Las personas incorporales por sí pueden quedar comprometidas a través

---

47 Moisset de Espanés, *ob. cit.,* T. III, p. 263.

48 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 341.

49 Véase: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 173-201; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 619 y 620, la imputabilidad es una condición previa y anterior a la culpa. En materia de hecho ilícito es imputable todo agente que haya actuado con discernimiento.

50 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 309.

51 *Ibid.,* p. 131.

52 Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 129.

53 Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...,* pp. 38-40; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 2008, pp. 15-108.

54 Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 38-40.

55 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 548-552.

56 Véase: Lasarte, *Derecho...*, pp. 270-272.

57 *Ibid.,* p. 271.

de las personas naturales que las conforman o representan, cuando actúan en ejercicio de sus funciones[58].

3.1.1. *El daño*[59]

En primer término, la víctima debe probar el *daño*, a saber, el perjuicio o lesión sufrida[60], pues no existe responsabilidad sin daño. El daño es todo menoscabo, perjuicio o deterioro que sufre una persona en su patrimonio o en su integridad física o psíquica. La jurisprudencia insiste en que no existe responsabilidad cuando no se acredita la realidad del hecho dañoso[61].

"Una nota característica de la responsabilidad civil por hecho propio, es la intervención directa del demandado en la producción del daño, la absoluta identidad entre la persona que causa el perjuicio y la que está obligado a resarcirlo, en el sentido de que el civilmente responsable es el propio agente material del daño"[62].

Sin duda, es el elemento más importante de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual pues aunque tenga lugar el nexo de causalidad y la culpa, no existe obligación de reparar sin daño[63]. "El perjuicio constituye el fundamento de toda responsabilidad" y debe ser probado por el demandante[64].

El daño debe ser reparado en forma integral[65] según referimos al estudiar el principio de la reparación integral del daño[66]. Siendo perfectamente extensible al ámbito extracontractual la reparación del daño material (patrimonial) y moral (extrapatrimonial), y dentro del primero el daño emergente y el lucro cesante[67], el cual estudiamos a propósito de la responsabilidad civil contractual[68].

---

[58] Martínez Rave, *ob. cit.*, p. 192; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 52, las personas morales responden por el daño causado ilícitamente tanto por sus empleados (art. 1191 CC) como por sus propios representantes si actúan en el ejercicio de sus funciones.

[59] Véase: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 37-135; Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 160-183; Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 355-404; Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 51-66; Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 209-238; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 329-336; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 572-593; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 165-172.

[60] Véase: Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 59-73.

[61] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 869, STS 28-12-98.

[62] Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-12-11, Exp. 10.10242http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/DICIEMBRE/2138-16-10.10242-11.219-DEF-CIV.HTML.

[63] Martínez Rave, *ob. cit.*, p. 160.

[64] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 60.

[65] *Ibid.*, p. 68, sin tener en cuenta la gravedad de la culpa, los recursos de la víctima o su situación familiar; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 869 y 870, rige el principio de la reparación integral.

[66] Véase *supra* tema 12. 2.2.

[67] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 547; Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp.42-81.

[68] Véase *supra* tema 10.2.3.

El daño moral o extrapatrimonial según referimos se asocia a la violación o perjuicio de un derecho de contenido no patrimonial, básicamente viene dado por la violación de los derechos de la personalidad[69]. Algunos lo refieren como un sufrimiento de orden espiritual, pero vale recordar que tal concepto es limitado por no serle predicable a la persona incorporal. La naturaleza del daño moral referido en el artículo 1.196 del Código Civil puede ser extracontractual, y tiene por causa el hecho ilícito o el abuso de derecho previsto en el artículo 1.185 del Código Civil. Adherimos a la tesis que el daño moral también se puede presentar en el ámbito contractual[70]. En tal sentido, el hecho ilícito y el abuso de derecho son capaces de producir daños, los cuales no son tolerados ni consentidos por el ordenamiento jurídico, motivo por el cual generan responsabilidad civil, en las que están comprendidos tanto los daños materiales como los morales, por disposición del artículo 1.196 del Código Civil"[71]. De tal suerte, que la acción ilícita y culpable debe haber ocasionado un daño[72].

3.1.2. *La culpa*[73]

3.1.2.1. *La responsabilidad subjetiva o por culpa:* El otro elemento necesario de la responsabilidad civil extracontractual consagrada en el artículo 1185 CC es la culpa. Se precisa también la culpa del agente, de la cual la víctima tiene la carga de la prueba, en el sistema normal o general de la responsabilidad por hecho ilícito. A la víctima incumbe probar el dolo o la culpa del autor del hecho ilícito[74]. Recordemos que en materia contractual la culpa se presume del incumplimiento. Sin embargo, las consideraciones del concepto de culpa aplican a ambos ámbitos. De allí que se alude a la unidad del concepto de culpa para denotar su semejanza en materia contractual y extracontractual, no obstante la posibilidad de cúmulo[75] o más precisamente de "opción".

Recordemos que la culpa supone la violación de un deber, la de actuar sin que ello sea fuente de daños. Constituye –según vimos– de un error

---

[69] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 250-258; Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 72 y 73.

[70] Véase *supra* tema 10.2.3.4.f.

[71] TSJ/SCC, Sent. Nº 184 del 30-3-12, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.000184-30312-2012-11-627.html.

[72] Brebbia, *Responsabilidad precontractual...*, p. 32.

[73] Véase: Acedo Sucre: *La función de la culpa...*; Acedo Sucre: *La culpa...*, pp. 9-73; Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 137-171; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 552-572; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 173-177; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 310-313; Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 121-131; Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 126-140; Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 306-354; Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 163.

[74] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 513.

[75] Véase: Santos Briz, Jaime: *Unidad de concepto de la culpa civil.* En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador). Madrid, Dykinson, 2000, pp. 585-604.

en la conducta[76]. El CC francés de 1804 fundó la responsabilidad civil en la culpa[77] y lo mismo cabe decir del CC venezolano en el artículo 1185. La responsabilidad civil por hecho propio se funda especialmente sobre la culpa que comprende tanto el dolo como la negligencia o imprudencia[78].

Las palabras negligencia o imprudencia también se refieren a culpa aunque menos grave; pero se aclara, según veremos, que la responsabilidad por hecho ajeno y por cosas suponen también un defecto de vigilancia o falta; la responsabilidad por ruina igualmente implica un defecto de mantenimiento, en otras palabras culpa. Por lo que en definitiva –según algunos– tales supuestos de responsabilidades complejas objetivas también son considerados en el fondo supuestos de responsabilidad subjetiva o responsabilidad por hecho propio[79].

El dolo y la culpa pueden ser positivo o negativo, cuando consiste en la ejecución de un hecho o por el contrario cuando consiste en una abstención u omisión[80]. Se exige un comportamiento humano positivo o negativo (no encender las luces, no informar, etc.)[81].

Así pues en materia de hecho ilícito, en los términos del artículo 1185 del Código Civil, la parte que reclama la indemnización del daño sufrido tiene la carga de probar la falta del agente, ya que la mencionada norma consagra el principio general de la responsabilidad civil por daños extracontractuales inspirada en la teoría clásica de la responsabilidad subjetiva –que recibe su fundamento en la noción de falta o culpa en sentido amplio–[82].

3.1.2.2. *La responsabilidad objetiva o por riesgo*

Por contraste, a la responsabilidad subjetiva que consagra el artículo 1185 CC, se distingue la *responsabilidad objetiva, por riesgo*[83] *o por resultado (sin culpa)* ajena a la idea de la culpa del agente del daño. Algunos la califican como "responsabilidad sin culpa"[84].

---

[76] Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, p. 145.

[77] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 27.

[78] Corsaro, Luigi: *Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano*. En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador). Madrid, Dykinson, 2000, p. 133. Véase sobre la culpa intencional o dolo, la imprudencia o negligencia y la valoración en concreto y en abstracto de la culpa (estudiada *supra* tema 10), por acción y por omisión: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 147-160.

[79] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 28.

[80] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 166 y 167,

[81] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 866.

[82] TSJ/SCS, Sent. Nº 1166 del 9-8-05, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1166-090805-05182.HTM "corresponde a los actores demostrar que efectivamente la empresa causó el daño mediante una conducta deliberadamente dirigida a ello (dolo), o por negligencia, imprudencia e impericia".

[83] Véase: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 19 y 20; De Sola, René: *Un Caso de Responsabilidad Objetiva*. En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Caracas, Fabretón, 1998, pp. 235-260.

[84] Martínez Rave, *ob. cit.*, p. 140.

La teoría de la responsabilidad objetiva nace del supuesto de que el daño causado por un objeto debe ser reparado por su propietario, no porque el dueño haya incurrido en culpa, sino porque su cosa, su maquinaria ha creado un riesgo, sobre el cual debe responder.[85] Se trata de casos en que la actividad riesgosa es considerada como socialmente útil y por virtud de ello no desalentada; por lo que el ordenamiento jurídico se limita a disponer la distribución del resultado lesivo ateniéndose al principio de la economicidad[86]. Pues según vimos se percibe una tendencia a la objetivación de la responsabilidad[87].

Dos elementos de los referidos son comunes a ambos tipos de responsabilidad (subjetiva y objetiva): la necesidad de daño y la relación de causalidad[88]. Pero cabe admitir que la responsabilidad civil tradicional derivada de la culpa probada, llamada responsabilidad subjetiva o responsabilidad por hecho propio si bien ha disminuido su campo de acción continua siendo considerable porque a falta de otro remedio jurídico, la víctima siempre podrá invocarla, en caso de cualquier daño hasta los más inéditos[89].

Se distingue así entre responsabilidad subjetiva que se identifica propiamente con un criterio autónomo de imputación de responsabilidad, a saber, la culpa. Por contrapartida, la responsabilidad objetiva, se configura por el simple hecho de ocasionar el daño, generalmente asociada a actividades de riesgo[90]. De allí que los autores entre las fuentes de las obligaciones incluyen la responsabilidad subjetiva basada en la culpa y la responsabilidad objetiva ajena a la culpa sino relacionada con el daño[91]. Lógicamente, la responsabilidad objetiva será más beneficiosa para el perjudicado por cuanto no tendrá que acreditar la culpabilidad[92].

La responsabilidad subjetiva a base de la culpa en el Código Civil constituye la doctrina clásica y tradicional en materia de responsabilidad inspirada en el Proyecto Franco Italiano de la Obligaciones. Pero no es posible desconocer que la responsabilidad objetiva ha ganado terreno[93], llegando inclusive a considerarse una tendencia[94]. Entre las ventajas del sistema de la responsabilidad subjetiva se indica razones éticas que ésta se funda en una visión humanista de la sociedad que supone un hombre libre y consciente;

---

[85] TSJ/SCS, Sent. Nº 116 del 15-5-00, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm.

[86] De Lorenzo, pp. 25 y 26.

[87] Véase *supra* tema 1.7.11.1; Padilla, *ob. cit.*, p. 20.

[88] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p.24.

[89] *Ibid.*, pp. 121 y 122.

[90] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 477 y 478.

[91] Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 918-910; Véase *supra* tema 3.

[92] Ossorio Serrano, *ob. cit.*, p. 37.

[93] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 93.

[94] Véase *supra* tema 1.7.11.1.

razones económicas porque facilita el espíritu de iniciativa e impulsa la acción y razones prácticas y de prevención o precaución[95].

Los avances de la revolución industrial llevaron a la aceptación de la responsabilidad sin culpa del agente, por la sola creación del riesgo, surgiendo así la teoría objetiva[96] o responsabilidad por riesgo[97], que parte de que cierta actividad provoca un riesgo que hace a su autor responsable del perjuicio que pudiera causar sin que se tenga que probar una culpa como origen del daño[98]. Se justifica por la evolución de los datos de hecho que propician el daño en masa exigen soluciones nuevas; la evolución de las mentalidades permite la valorización de la persona humana, acompañada de solidaridad; el desarrollo de los seguros porque hoy en día la responsabilidad está ligada a la posibilidad de asegurarse[99].

Dentro de la teoría objetiva o también denominada teoría del riesgo, de responsabilidad por resultado o causalidad material se han desarrollado la tesis del riesgo creado, la del riesgo provecho y la del acto anormal[100]. Por contraste la necesidad de culpa como requisito de responsabilidad es una exigencia de justicia, porque hablar de responsabilidad suscita una idea de reproche al responsable. Pareciera que el nuestro Derecho acepta el sistema de la culpa como elemento indispensable de la responsabilidad civil, sin perjuicio de adoptar en algunas casos la tendencia opuesta[101]. Puesto que la teoría del riesgo u objetiva ha conquistado un gran espacio; vastos dominios de la actividad humana escapan hoy en día a la responsabilidad objetiva[102].

La causa extraña no imputable es igualmente aplicable en principio en materia de responsabilidad civil objetiva porque ella no afecta la presunción de culpa pero sí puede romper la relación de causalidad.

Vale agregar que la doctrina aclara acertadamente que el daño moral puede presentarse igualmente en la responsabilidad objetiva o por riesgo[103].

---

[95] Véase: Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 28-34.

[96] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 300; Lasarte, *Curso...*, p. 419.

[97] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 895-898. Véase también: Garrido Cordobera, Lidia: *Implicancias de la responsabilidad por riesgo.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-23, www.acaderc.org.ar.

[98] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 39.

[99] *Ibid.*, pp. 40-43.

[100] Véase: Compagnucci de Caso, Rubén H.: *Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo.* En: Derecho de Daños, Primera Parte. Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000, Directores de la obra: Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz, pp. 63-70.

[101] *Ibid.*, pp. 59-61.

[102] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 35.

[103] Brebbia, Roberto H.: *Instituciones de Derecho Civil*, Argentina, Juris, 2000. T. II, pp. 321-326, la doctrina argentina se ha pronunciado en forma casi unánime, en favor de la procedencia de la reparación del daño moral en tal ámbito, según lo trasuntan las conclusiones de las VII Jornadas de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires (1979) y Comodoro Rivadavia (1980). Y no podía ser de otra manera...".

Ello en virtud de la reparación integral del daño. Por lo que la presunción de culpa no altera en lo absoluto la posibilidad de daño material y daño extrapatrimonial, siendo ejemplo de ello las decisiones judiciales citadas *infra*. Otros discuten que el daño moral o extrapatrimonial no rige cuando no media culpa[104].

3.1.3. *Relación de causalidad*

Finalmente, la responsabilidad civil extracontractual, al igual que la responsabilidad contractual precisa de una *relación de causalidad*[105], esto es, que el daño sea consecuencia directa y necesaria del hecho u omisión del agente. Supone que el daño debe atribuirse o imputarse a un sujeto que se adjudica como responsable. Las reglas de la causalidad permiten investigar si un hecho es causa del resultado, o no lo es, conforme a las leyes de la física[106].

Según indicamos al referirnos a la responsabilidad contractual[107], se trata de preguntarse cuál o cuáles de los antecedentes han de considerarse como causa relevante jurídicamente, para lo cual se estudia entre otras, la teoría de la equivalencia de condiciones y la teoría de la adecuación o casualidad adecuada[108], considerándose la mayormente aceptada esta última[109].

"Racionalmente la responsabilidad civil supone un nexo de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho dañino. Este último debe haber sido la *causa generadora* del daño". Sólo el perjuicio directo podrá ser reparado, porque sólo él está ligado por ese nexo de causa a efecto al acto imputado al responsable, el hecho generador[110]. Vale recordar que la teoría de la equivalencia de condiciones (según la cual todos los elementos que pudieron propiciar el daño son equivalentes) fue superada por una menos simplista que no admite que todos los antecedentes jueguen un mismo

---

[104] Véase: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Responsabilidad civil, seguro y accidentes de tránsito*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 73, Universidad Central de Venezuela, 1989, pp. 31-37, *señala a propósito de la materia de tránsito que una persona que no ha incurrido en culpa no debe ser condenada al pago de daños morales derivados de un accidente de tránsito y que los "daños no patrimoniales solo son procedente en caso de culpa";* Cienfuegos Salgado, David: *Interpretación jurisprudencial de la responsabilidad civil por daño moral*. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 9-47, http://*www.**juridicas**.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../art1.pdf* cita sentencias de 1968 y 1996 que señala que no procede daño moral en caso de "responsabilidad objetiva". Cita sentencias a favor y otras en contra.

[105] Véase: Divo de Romero, Yessy y Rosario del Prete de Acosta: *Problemática e importancia de la relación de causalidad como elemento constitutivo del hecho ilícito*. En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Carabobo Nº 51, 1987, pp. 111-123; Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 203-224; Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 75-97; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 593-601; Ramírez, *ob. cit.*, pp.179-183; Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 141-159; Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 405-485; Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp.69-74; Lasarte, *Derecho...*, pp. 275-279; López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 336-340.

[106] Alterini, *La limitación...*, p. 10.

[107] Véase *supra* tema 10.2.4.

[108] Puig i Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 485 y 486.

[109] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 881 y 882.

[110] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 75.

papel, a saber, la *teoría de la causalidad adecuada* (según la cual cuando una condición por su naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de vida, es capaz de producir el efecto que se ha realizado)[111]. El nexo causal debe tener así carácter "*directo*" en la producción del daño y tener "*certeza*"[112]. Solo se responde de los daños directos en el sentido que deriven de la respectiva relación de causalidad.

3.2. *Reglas especiales*

Entre las principales normas que han de tenerse en cuenta en la materia cabe citar:

3.2.1. *Capacidad delictual del Incapaz de obrar* (CC, arts. 1186 y 1187)

Prevé el artículo 1186 CC: "*El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos, siempre que haya obrado con discernimiento*"[113]. El incapaz de obrar puede tener capacidad delictual si ha actuado con discernimiento. Tal es el caso de un adolescente o del entredicho que haya actuado en un intervalo de lucidez y ello pueda probarse[114]. El incapaz sin discernimiento no responde en materia de hecho ilícito[115].

El artículo 1187 CC prevé: "*En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa*"[116].

La norma encuentra sentido pues puede ocurrir que la víctima no cuente con una norma como la relativa a la responsabilidad de los padres y tutores, y deba demandar por hecho propio a quien tiene la custodia del incapaz[117] (ejemplo, el entredicho). Según la norma si no se logra obtener reparación en tales casos, bien podría el juzgador conceder una indemnización conforme a la equidad, la cual sería una compensación subsidiaria, toda vez que no se trataría de una reparación integral.

De tal suerte, que el artículo 1187 CC consagra un recurso de equidad que da lugar a una indemnización de naturaleza subsidiaria y equitativa[118].

---

[111] *Ibid.*, pp. 78-83.

[112] *Ibid.*, pp. 85-90.

[113] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191....*, pp. 15-108.

[114] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 38-40.

[115] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 619.

[116] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191...*, pp. 109-176.

[117] Véase: Binstock, Hanna: *Responsabilidad por el Hecho Ilícito del Enfermo Mental.* En: Libro Homenaje a José Mélich Orsini. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, Vol. I, pp. 187-212. Véase también sobre el tema: Kummerov, Gert: *La responsabilidad civil del guardián del incapaz.* En: Revista del Ministerio de Justicia Nº 32, Año IX, enero-febrero-marzo 1960, pp. 29-73.

[118] Véase: Sue M., Alejandro: *La responsabilidad civil delictual del padre, de la madre o del tutor*, http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/54/54-6.pdf , "Con esta norma el legislador ha querido depositar en el arbitrio judicial la posibilidad de procurar de alguna manera el restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por efecto del acto ilícito, pues es probable que el autor material del daño tenga recursos económicos suficientes para, por lo menos, aliviar la situación de desgracia que padece

Esto pues la víctima tendrá que demandar primero a quien tiene al incapaz a su cuidado y solo acudir a la norma cuando no haya obtenido reparación. Equitativa porque el incapaz no queda obligado a indemnizar todo el daño sino la que el Juzgador fije. Este recurso de equidad no repara necesariamente todo el daño sino lo que prudencialmente considere el Juez[119].

3.2.2. *Causas de exoneración*[120]

A tales causas de exoneración y atenuación de la responsabilidad civil nos referimos en el tema 11 y las cuales resultan igualmente aplicables al ámbito extracontractual[121]. Tales causas de exoneración excluyen la antijuricidad y vienen dadas por la legítima defensa, el estado de necesidad o el consentimiento de la víctima[122]. Se agrega el "uso del derecho propio"[123]. Según referimos (*supra* tema 11) algunas de tales causas pueden figurar como eximentes o como atenuantes de la responsabilidad civil.

El CC hace referencia expresa a la **legitima defensa y defensa de un tercero** en el artículo 1188: "*No es responsable el que causa un daño a otro en su legítima defensa o en defensa de un tercero. El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el Juez lo estime equitativo*"[124].

Así mismo **hecho de la víctima**, está referido en el artículo 1189 del CC, el cual puede figurar como causa de atenuación si el hecho de la víctima ha contribuido en la producción del daño: "*Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuirá en la medida en que la víctima ha contribuido a aquél*"[125].

Obsérvese que el hecho de la víctima no solo puede figurar como causa de exoneración si es motivo único del daño según indicamos, sino también

---

la víctima por la frustrada reparación a que tenía derecho. No se trata desde luego de un caso de responsabilidad civil, creemos más bien que estamos ante un recurso de equidad con carácter subsidiario al cual se acude solamente cuando el cuidador no repara; tiene la peculiaridad de que procede sin la presencia de la culpa del menor; es de concesión discrecional por parte del Juez; y además no cubre el monto total del daño padecido. Pero en todo caso queda claro que tal recurso, por ser subsidiario, es posterior al requerimiento insatisfecho formulado a la persona civilmente responsable".

119 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 620.

120 Patiño, Héctor: *La causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado.* En: Revista de Derecho Privado Nº 20, enero-junio 2011, pp. 371-398, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3688583.pdf.

121 Lasarte, *Derecho…*, p. 278.

122 Ossorio Serrano, *ob. cit.*, p. 69; Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos…*, 1995, T. I, pp. 161-171.

123 López y López y otros, *ob. cit.*, pp. 314-316; Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 264-273, el estado de necesidad y la legítima defensa eliminan la ilicitud.

124 Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 2008, pp. 177-219.

125 Véase: *ibid.*, pp. 221-279.

como causa de atenuación –según la norma en comentarios– de la responsabilidad civil extracontractual. Esto es, como aspecto que ha de considerarse para la liquidación del daño por razones de justa proporcionalidad.

3.2.3. *Solidaridad*

Finalmente, cabe referir igualmente la solidaridad en caso de **corresponsabilidad en el hecho ilícito**, consagrada en el art. 1.195 CC: "*Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el Juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por partes iguales*"[126]. La norma supone un hecho ilícito colectivo[127].

Vale recordar que ello marca, una diferencia fundamental con la responsabilidad contractual en la que se presume la mancomunidad y no la solidaridad que precisa pacto expreso[128].

4. Responsabilidades civiles especiales o complejas[129]

4.1 *Generalidades*

Según vimos por aplicación del artículo 1185 CC la responsabilidad cae directamente sobre el agente salvo casos especiales en que la ley disponga otra consecuencia[130]. Las variaciones a dicha regla en el mismo Código Civil acontecen generalmente por vía de las responsabilidades civiles especiales o complejas.

Se alude a las clases de responsabilidad extracontractual, para distinguir entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, con base a la existencia de culpa o al margen de ésta, respectivamente. Se distingue también entre responsabilidad directa y responsabilidad indirecta, según se trate de hechos propios o de hechos ajenos, respectivamente. Y finalmente se incluye la responsabilidad principal y la responsabilidad subsidiaria, en el sentido de que esta última solo puede exigirse en defecto del obligado principal[131].

---

[126] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196*..., pp. 347-370; Cristóbal Montes, Ángel: *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito.* Barcelona, Bosch, 1985.

[127] TSJ/SCC, Sent. 0495 del 20-12-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0495-201202-01817.htm.

[128] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 539, la solidaridad se presume cuando el hecho ilícito es imputable a varias personas (1195 CC) por oposición a la materia contractual (CC, art. 1223).

[129] Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191*...; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196*...; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 335-359.

[130] Véase: TSJ/SCC, Sent. 00324 del 27-04-04, la responsabilidad civil por hecho ilícito recae directamente sobre el agente que causó el daño, salvo que esté dado alguno de los supuestos ... de los artículos 1.191, 1.192, 1.193, 1.194 y 1.195 del Código Civil".

[131] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 857.

Sin embargo, la responsabilidad objetiva no es necesariamente exclusiva del ámbito extracontractual pues veremos en el caso venezolano puede mediar en relaciones contractuales como transporte y laboral. Se alude también a responsabilidad simple por oposición a responsabilidad compleja en atención a si responde al hecho personal de su autor en el primer caso; o la compleja la que proviene del hecho ajeno o del hecho de un animal o de una cosa de la cual la ley nos hace responsables[132].

Las responsabilidades especiales o complejas constituyen supuestos especiales de responsabilidad civil, en que una persona distinta al autor o agente material del hecho ilícito es el civilmente responsable, por voluntad de la ley. Pretenden la mejor protección de la víctima. Las responsabilidades especiales se clasifican en dos grandes categorías: las responsabilidades especiales ***por hecho ajeno*** y las responsabilidades especiales ***por cosas***; las primeras tienen lugar cuando el civilmente responsable responde por el hecho ilícito de las personas que están sometidas a su guarda, control vigilancia y subordinación (progenitores, tutor, preceptor, artesano, dueño o principal: arts. 1190 y 1191 CC); las segundas, ocurre cuando se es civilmente responsable por los daños causados por las cosas que estén bajo la guarda, control o vigilancia (dueño o guardián de un animal, de una cosa y la del propietario de un edificio; arts. 1192, 1193 y 1194 CC)[133]. De tal suerte, que dentro de las llamadas por la doctrina responsabilidades complejas se comprende la responsabilidad por hecho ajeno (1190 y 1191 y la responsabilidad por cosas (1192, 1193 y 1194)[134].

La responsabilidad simple u ordinaria es aquella que tiene su origen en un hecho personal del hombre[135]. Por su parte, las responsabilidades complejas son aquellas en las que el demandado responde en razón de un hecho culposo causado por otra persona o de un animal o cosa[136].

En las responsabilidades complejas, el legislador puede aligerar la carga de alguno de los elementos de la responsabilidad especialmente la culpa. Si la presunción de culpa es *iuris tantum* cabe la exoneración probando la ausencia de culpa (padre, madre, tutor, preceptor o artesano), en tanto que si la presunción es *iuris et de iure* la ausencia de culpa no exime de responsabilidad (dueño o principal, dueño o guardián de un animal, guardián de una cosa o dueño de un edificio). Las responsabilidades complejas ***por hecho ajeno*** son las de los progenitores y tutor por el hecho ilícito del menor que conviva con ellos (1190 CC); preceptor y artesano por el daño causado por alumnos y aprendices que estén bajo su vigilancia (1190 CC); la del dueño o principal por el daño causado por sus sirvientes o dependientes en el ejercicio de sus funciones (1191 CC).

---

132 Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 93.

133 Domínguez Guillén, *Diccionario...*, p. 150.

134 Facio, *ob. cit.*, p. 560; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 629.

135 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 603.

136 *Ibid.*, p. 604.

La responsabilidad ***por hecho de las cosas*** en el CC se establece en los artículos 1192 (animal), 1193 (cosas), 1194 (edificio). La responsabilidad del civilmente responsable coexiste con la del agente material del daño, por lo que la víctima podría escoger ante quien ejercerá la acción, y en caso de escoger al civilmente responsable, éste tiene acción de reembolso contra el autor material. Se discute la posibilidad de superposición de responsabilidad, esto es de coexistencia de diversas responsabilidades complejas[137].

La responsabilidad *subjetiva* según vimos supone la culpa o un actuar voluntario. Por oposición la responsabilidad *objetiva* se vincula con hipótesis en las cuales se prescinde de la culpabilidad[138], pues se tiene solo en cuenta el resultado dañoso y el vínculo de causalidad material entre el resultado y el sujeto a quien se hace responsable[139].

A veces, no resulta cónsono asimilar responsabilidad objetiva con la extracontractual porque aquella puede estar presente en materia contractual como trasporte. En fin no hay categorías cerradas en una materia tan rica y en proceso de evolución. Se afirma así que "el movimiento en favor de los regímenes específicos de reparación continúa su avance"[140]. La crisis de la responsabilidad civil resulta ampliamente de esta inflación de regímenes[141]. De allí que se aluda a la pluralidad de fuentes de la responsabilidad civil[142].

Ha afirmado Casación que en un mismo evento no puede coexistir la responsabilidad general por hecho propio consagrada en el artículo 1185 del CC con supuestos de responsabilidad especial objetiva como el artículo 1193 CC[143].

4.2. *Responsabilidad especial por hecho ajeno*[144]

4.2.1. *Noción*

La ***responsabilidad por hecho ajeno***[145], también denominada responsabilidad

[137] Domínguez Guillén, *Diccionario...,* pp. 150 y 151.

[138] Véase: Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 92, la responsabilidad subjetiva supone necesariamente la culpa del autor. La responsabilidad objetiva prescinde en lo absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. El que crea un riesgo o causa un daño por su actividad debe responder por él.

[139] Moisset de Espanés, *ob. cit.*, T. III, p. 264.

[140] Le Tourneau, *La responsabilidad civil...*, p. 49.

[141] *Ibid.,* p. 51.

[142] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 303.

[143] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 21 del 8-3-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC-00021-080305-04018.htm; Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 17-4-09, Exp. 9113, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/ABRIL/2144-17-9113-.HTML .

[144] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 33; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 355-392; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 603-640; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 61-105.

[145] Véase: Agoglia, María M. y otros: *Responsabilidad por hecho ajeno.* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995; Surroca Costa, Alfons: *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta.* Universidad de Girona, Tesis doctoral, 2012, http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/8077/tasc.pdf?sequence=1 ; Moisa, Benjamín: *La responsabilidad por el hecho ajeno (nota a fallo).* Aca-

indirecta[146], implica que si bien el autor material del daño es en primer lugar responsable, pueden existir otras personas que respondan a pesar de no haberlo ocasionado, para cumplir una función de garantía del crédito indemnizatorio. En el primer caso se alude a responsabilidad por hecho propio en tanto que en el último a responsabilidad por hecho ajeno[147]. Esta última pone de relieve que quien ocasiona un daño con su conducta ilícita no necesariamente será la persona que acabará reparando el hecho dañoso. Pues el ordenamiento jurídico considera que determinadas personas por su relación de supervisión o jerarquía con otras, deben responder civilmente por los daños que estos causen[148].

Junto a aquellos supuestos en que se responde por haber causado directamente un daño a otro, el ordenamiento jurídico incluye una serie de casos en que esta obligación se impone, no como consecuencia de una actividad propia, sino de una relación que el responsable ostenta con el causante del daño[149]. El CC al respecto prevé no sólo la responsabilidad del autor material del hecho sino también responsabilidad por actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder, utilizando en expresión de la doctrina una presunción de culpa, derivada de una defectuosa vigilancia (*culpa in vigilando*) o una elección desacertada (*culpa in eligendo*)[150].

Se fundamenta en la idea de que el civilmente responsable es quien detenta a la hora de la ocurrencia del daño, una autoridad efectiva sobre la persona del responsable primario, autor real del daño[151]. Sin embargo, para algunos en realidad, es incorrecto hablar en tales casos de responsabilidad por hecho ajeno. Pues el que tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño, no responde por el hecho de ésta, sino del suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer[152].

demia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-28, www.acaderc.org.ar; Lasarte, *Derecho...*, pp. 281-294; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 947-960; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 913-931; Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, pp. 496-510; Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 200-219; Facio, *ob. cit.*, pp. 495-559; Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 77-93; Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 303-359.

146 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 857.

147 Álvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 210; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 214 y 215.

148 Surroca Costa, *ob. cit.*, p. 9.

149 López y López y otros, *ob. cit.*, p. 318.

150 O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, p. 508; Albaladejo, *ob. cit.*, pp. 953 y 954.

151 Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 135.

152 Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 306, "su responsabilidad proviene de su propia culpa: es ésta la que la obliga a reparar ese daño, y si se habla de responsabilidad por hecho ajeno, es porque esa culpa es la causa inmediata del daño en tanto que este hecho es la inmediata. Un día de convivencia es suficiente para que el padre o la madre respondan del hecho del hijo. Véase también: Corsaro, *ob. cit.*, p. 135, El hecho propio incluso cuando no se identifica con el hecho personal y se presenta más bien como hecho de las personas de las cuales se responde o como hecho de las cosas que se custodia, se atribuye a la culpa de la persona llamada a responder, esto es, el hecho ajeno o derivado de las cosas son expresión del actuar culposo del responsable, son "hecho propio".

De allí que la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, sigue teniendo pues, para el autor español Lasarte, carácter "subjetivo" y se funda en una "presunción de culpa" de las personas que teniendo facultad de elección o de guarda sobre otras, actúan descuidadamente, permitiendo o dando ocasión a que éstas dañen a terceros[153]. Y así afirma Le Tourneau que "desde luego, la responsabilidad por hecho ajeno... parece ser particularmente subjetiva"[154], pues la referida responsabilidad por hecho ajeno también supone una responsabilidad por hecho propio, o en otras palabras, las personas que con base en el mismo, deberían responder porque también son causa del daño (ya sea *in educando, in vigilando* o *in eligendo*)[155].

La conjunción de un fundamento subjetivo (la voluntad del civilmente responsable) y de un régimen objetivo (una responsabilidad de pleno derecho) instaura un cierto equilibrio y mantiene el principio general en sus justos límites[156]. Así la hipótesis de la responsabilidad por hecho ajeno y por cosas (responsabilidad indirecta) trae implícita la idea de la culpa; de hecho se recogen presunciones de culpa[157].

La enumeración tiene carácter taxativo o exhaustivo. Esto es, aparte de los casos contemplados por la ley no puede existir responsabilidad por hecho ajeno[158]. En todo caso la responsabilidad por hecho ajeno es exclusivamente civil, pues solo se responde por el daño, no por delitos, penas o comiso[159]. Y por su carácter gravoso y excepcional[160] "no admite aplicación analógica"[161].

En cuanto a la superposición de responsabilidad en el que se trata de determinar si se pueden combinar dos más responsabilidades especiales. Por ejemplo demandar al padre del menor de edad y a su vez al preceptor. La tesis dominante responde negativamente, señalado que lo propio es resolver la responsabilidad especial contra el civilmente responsable más inmediato al agente del daño, y ello desplaza cualquier otra clase de responsabilidad especial que pareciese aplicable[162]. Por su parte, Mélich ante la posibilidad de concurso de acción contra el responsable civil con la acción el agente inmediato del daño, señala que no supone la posibilidad de acumularlas sino de estar obligados solidariamente[163].

---

[153] Lasarte, *Derecho...*, p. 282.

[154] Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, p. 135.

[155] Puig I Ferriol y otros, *ob. cit.*, p. 496; Facio, *ob. cit.*, pp. 503 y 504; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I,p. 365.

[156] Le Tourneau, *La responsabilidad civil ...*, p. 136.

[157] Corsaro, *ob. cit.*, p. 140.

[158] Lasarte, *Curso...,* pp. 417 y 418.

[159] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 321.

[160] Véase: Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 371-375; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 605, se refiere a su carácter limitativo y por tal excepcional.

[161] López y López y otros, *ob. cit.*, p. 319.

[162] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 632 y 633.

[163] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 375-377.

Veremos de seguidas las responsabilidades especiales o complejas por hecho ajeno referidas en el Código Civil. Bernad Mainar también cita adicionalmente *otros casos de responsabilidad por hecho ajeno* previstas en el Código Penal, a saber, de los guardadores por el hecho ilícito de los dementes a su cargo (Código Penal, art. 114, 1º[164]), de los posaderos y dueños de casas de víveres y licores (Código Penal, art. 116[165]), la responsabilidad de los posaderos o directores de establecimientos o casas de huéspedes en relación con los daños sufridos por viajeros o huéspedes en ellas (Código Penal, art. 117[166])[167].

4.2.2. *La responsabilidad del padre, madre o tutor (CC, art. 1190)*[168]

El primer párrafo del artículo 1190 del CC indica: "*El padre, la madre y a falta de éstos, el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habiten con ellos*".

---

[164] "*Son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes y demás personas comprendidas en el artículo 62, sus padres o guardadores a menos que hagan constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No existiendo estos o no teniendo bienes, responderán con los suyos propios los autores del hecho, salvo el beneficio de competencia en la forma que establezca la ley civil*".

[165] "*Son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, dueños de casas de ventas de víveres o licores, y cualesquiera otras personas o empresas, por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya habido infracción de los reglamentos de policía*".

[166] "*Son además responsables subsidiariamente los posaderos o directores de establecimientos o casas de huéspedes , de los efectos robados a estos dentro de las mismas casas o establecimientos , o de su indemnización, siempre que los alojados hubieren dado conocimiento al mismo posadero, o director o al que haga sus veces, del depósito de aquellos objetos y además, hubieren observado las prevenciones que los dichos posaderos, o sus sustitutos, les hubieren hecho sobre cuidado y vigilancia de los mismos. Esta responsabilidad no tendrá lugar en caso de robo con violencia hecha a las personas, a no ser que este haya sido ejecutado por los dependientes de la casa. La misma responsabilidad subsidiaria y con las mismas condiciones, toca a los capitanes o patrones de embarcaciones mercantes o de transporte, por el robo de los efectos de los pasajeros puestos a bordo de ellas, salvo que lo que se dice en el párrafo anterior de los dependientes, se entiende aquí de los empleados subalternos del buque*".

[167] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 50-53; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 363 y 364, pp. 489-508.

[168] Véase: Harting, Hermes: *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad por hecho ilícito del menor*. En: Revista de la Facultad de Derecho Nº 18, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1973-74, pp. 183-194; Rodríguez Yáñez, Mauricio: *La responsabilidad de los representantes legales del menor de edad en el anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Niñez y Adolescencia.* En: De los Menores a los niños, una larga trayectoria. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1999, pp. 386-394; Sue M., Alejandro: *La responsabilidad civil delictual del padre, de la madre o del tutor*, s/p, http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/54/54-6.pdf; Wills Rivera, Lourdes: *La Guarda del hijo sometido a patria potestad.* Caracas, edit. Torino, 2001, pp. 105-111; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 392-433; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 634-643; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 33-43; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 608-614; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 61-74; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 55 y 56; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 185-190; Navarro Michel, Mónica: *La responsabilidad Civil de los padres por los hechos de sus hijos.* Barcelona, José María Bosch Editor, 1998; Gómez Calle, Esther: *La responsabilidad civil del menor.* En: Revista de Derecho Privado y Constitucional. Nº 7, septiembre-diciembre 1995, pp. 87-133 (www.cepc.es/rap); Plovanich, María Cristina: *Responsabilidad civil de los padres.* Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010, www.acaderc.org.ar/ediciones/la-**responsabilidad**-**civil**-de...**padres**/at.../fil ; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191*, pp. 281-448; Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 329-347; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *ob. cit.*, pp. 509 y 510; Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 141-157; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 335-337; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 153-155.

Los antecedentes de la responsabilidad de los padres y tutores en nuestra legislación se remontan a nuestro primer CC de 1862, aun cuando fue el CC de 1867 que consagró tal presunción *iuris tantum* siguiendo la orientación de otras legislaciones. Tendencia que es reiterada en los CC siguientes[169]. Tal responsabilidad se explica porque los hijos menores no emancipados están bajo la potestad de los padres o tutores y estos deben proporcionarles una educación integral. Por lo que el fundamento de la citada responsabilidad se ubica desde la culpa *in vigilando* o *in educando.* A lo que se añade evitar el riesgo de insolvencia. De allí que se establezca tal presunción de culpa de no haber vigilado suficientemente al menor[170].

Entre las condiciones para la procedencia de la norma[171], cabe citar:

a. *Paternidad, maternidad, tutela.* Es menester que el civilmente responsable sea padre, madre o tutor del autor material del daño. -o dicho en sentido inverso, el autor material del daño debe ser hijo o pupilo del responsable civil. Corresponderá a la víctima la demostración plena de la existencia de estas relaciones de filiación o tutoría[172]. Para algunos es extensible a quien tenga la "*custodia*" asignada por un Tribunal[173] (como sería el caso de la "colocación"), aunque es discutible dado el carácter excepcional de la responsabilidad. Pero ello no sería extensible a la custodia de hecho[174].

b. *Habitación o convivencia* del menor con el responsable[175] (para lo cual debe precisarse quien detenta la "*custodia*" en caso de separación de los progenitores). Se extiende a quien detente la patria potestad si no se detenta autónomamente el atributo de la custodia que implica la cohabitación[176]. Aunque se acota que el simple abandono del hogar de uno

---

[169] Véase: RODRÍGUEZ YÁÑEZ, *ob. cit.*, pp. 386 y 387.

[170] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 914; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, p. 399; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 34; RODRÍGUEZ YÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 388, en la mayoría de los casos el menor carece de bienes suficientes para responder ante la víctima, SUE M., *ob. cit.,* se fundamenta en una culpa personal en cabeza del civilmente responsable.

[171] Véase: MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 408-433; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 34-40; RODRÍGUEZ YÁÑEZ, *ob. cit.*, pp. 388-390.

[172] SUE M., *La Responsabilidad...*

[173] Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 35 y 36, a criterio del autor sí aplica en aquellos casos en que se detenta la responsabilidad de crianza como consecuencia de un Tribunal de protección de conformidad con la norma.

[174] WILLS RIVERA, *ob. cit.*, p. 110, el tercero que tiene al hijo bajo su cuidado no es alcanzado por la presunción de responsabilidad bajo análisis, en razón de que no ha sido señalado por el legislador en el citado artículo 1190 del CC, aparte que no ejercer verdaderamente funciones de guarda.

[175] Véase: RODRÍGUEZ YÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 389; WILLS RIVERA, *ob. cit.*, p. 109; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 424-429; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 800; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 336; LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 147 -151; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 38 y 39, refiere que si el menor comete el hecho ilícito en situaciones de no cohabitación temporal con el civilmente responsable habrá que distinguir si el período de no cohabitación es corto (fin de semana o viaje) en cuyo caso seguirá siendo responsable o la falta de cohabitación es prolongada (estudios fuera de la casa), en cuyo caso cesaría la responsabilidad por no poder ejercer los poderes de vigilancia.

[176] Véase: SUE M., *La Responsabilidad ...*

de los progenitores en perjuicio de las obligaciones que la ley le impone, no lo debe relevar de la responsabilidad bajo estudio, pues ello resultaría contrario al espíritu de la ley[177].

c. *Minoridad*[178]. Se precisa la condición de menor de 18 años de edad, pero cabe excluir al menor emancipado, pues la emancipación sustrae al menor de la patria potestad, tutela o colocación, aunque siga conviviendo en casa de sus progenitores. Señalamos que siendo la emancipación legal la que subsiste derivada del matrimonio que supone discernimiento como integrante de la capacidad matrimonial por la cual se adquiere el libre gobierno de la persona, "se debe rechazar la aplicación del artículo 1190 del CC, pues ya el menor no se encuentra bajo la custodia y vigilancia de los padres. Todo ello nos lleva a la evidente y certera conclusión de que el menor emancipado responde por su propio hecho ilícito, es decir tiene capacidad delictual"[179]. Aunque bajo la doctrina del Código Civil de 1942 en que existía la emancipación voluntaria (si la autorizaban los padres o tutor) se discutía en tal caso la aplicación del artículo 1190 CC[180].

d. *Demostración del hecho ilícito del menor al margen de su imputabilidad o discernimiento.* Pues los progenitores o tutores no responden de cualquier daño cometido por el menor sino que se precisa el estricto cumplimiento de las exigencias del artículo 1185 CC[181]. Toda vez que la diferencia con que el menor sea imputable es que la víctima podría optar por la responsabilidad por hecho propio del incapaz (1186 CC) o la norma en comentarios[182].

Por tratarse la norma de una presunción *iuris tantum* se podría probar la ausencia de culpa del progenitor o tutor[183] (la culpa del menor no se presume[184]). También cabría acreditar la causa extraña no imputable o la carencia de una de las condiciones (no es padre, no es menor, etc.). Exigirle a la víctima que demuestre la forma inadecuada en que ha sido educado el

---

[177] Wills Rivera, *ob. cit.*, p. 111, la conducta antijurídica del progenitor no puede producir el efecto jurídico de desplazar la presunción al otro progenitor.

[178] Sue M., *La Responsabilidad ...*

[179] Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 304.

[180] *Ibid.*, p. 305; Binstock, Hanna: *La Emancipación en el Derecho Venezolano.* Cuadernos del Instituto de Derecho Privado 1. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1971, p. 35.

[181] Sue M., *La Responsabilidad ...*

[182] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 39 y 40.

[183] Véase: Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 340, la responsabilidad cesa si se acredita que no hubo culpa de su parte. Basta que acrediten su ausencia de culpa, no es necesario probar causa extraña no imputable; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 400-408, debe probarse que le fue imposible evitar el hecho dañoso no obstante haber ejercido la vigilancia. No precisándose la prueba de una causa extraña no imputable sino la comprobación de ausencia de culpa. Vale considerar circunstancias del caso concreto edad, condición, carácter, naturaleza de la actividad, ocupación del progenitor, etc.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 34 y 40; Wills Rivera, *ob. cit.*, p. 108; Sue M., *La Responsabilidad ...*; Pierre Tapia, *ob. cit.*, p. 155.

[184] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 612, la culpa del progenitor o tutor se presume. Por el contrario, la culpa o hecho ilícito del menor no está presumida sino se rige por el criterio ordinario y debe probarse.

niño o adolescente, es casi imposible y no resultaría lógico ni racional[185]. El juez deberá examinar si los progenitores se han desempañado diligentemente en sus facultades respecto de la patria potestad, para lo que deberán considerar el comportamiento del menor, su edad, condición, los usos del lugar, así como el comportamiento habitual del civilmente responsable[186]. En el mismo sentido, Ochoa refiere que la responsabilidad de la norma está muy lejos de ser grave como pareciera a simple vista, porque es desvirtuable por la prueba en contrario y basados en niveles razonables de vigilancia y según los usos sociales[187].

Se aprecia decisión judicial que indica que los progenitores no lograron desvirtuar la presunción de culpa: "...el haber tomado las llaves del vehículo por parte del menor prendiendo y sacando el mismo de la vivienda de sus padres, sin la autorización de éstos, evidencia, una ausencia de diligencia del buen padre de familia, en prevenir el daño, pues es indiscutible para esta Alzada, que un vehículo constituye un arma que usada en forma indebida puede ocasionar la pérdida de vidas inocentes y daños cuantiosos en nuestra sociedad, no existiendo a los autos, la prueba de haber vigilado bien al menor, que se desprende de haber sacado el vehículo sin su autorización; sino también la de no haberlo educado correctamente en el uso de tal máquina, por lo que incurren los padres en una doble culpa: "Culpa in vigilando y en Culpa in Educando" no usando así los padres, los poderes que tenían sobre el menor en orden a impedir que éste último incurriera en tal hecho ilícito; por lo que es evidente la existencia de la responsabilidad prevista en el artículo 1.190 del Código Civil, por parte de la madre y el padre y así se decide"[188].

En sentido semejante refiere otra decisión judicial: "En lo que respecta a la culpabilidad de los codemandados, su culpabilidad es presumida en el artículo 1190 del Código Civil, independientemente de la inimputabilidad del agente causante del daño y, además, quedó establecida plenamente por las pruebas cursantes en autos y que han sido ampliamente analizadas en este fallo"[189].

Según se indicó se aprecia la coexistencia de responsabilidad especial y la acción directa contra el menor con discernimiento. Los progenitores en el último caso, podrían disponer de la acción de reembolso, pues el civilmente responsable puede accionar contra el menor si éste tiene discernimiento (CC, art. 1186) o accionar contra el menor el recurso de equidad previsto en

[185] Wills Rivera, *ob. cit.*, p. 107.

[186] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 40.

[187] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 614.

[188] Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 21-11-05, Exp. 5816-05 , http://cfr.tsj.gob.ve/decisiones/2005/noviembre/350-21-5816-05-91.html .

[189] Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 6-7-06, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/julio/1553-6-23933-243.html.

el 1187 CC[190]. Vale también tener presente el art. 359[191] de la LOPNNA. La mayoría de las legislaciones conceden a la víctima una acción contra los progenitores o tutor en concurso con otra acción contra el menor imputable[192].

No existe en el CC una presunción equivalente respecto del "entredicho" por lo que procede responsabilidad civil general contra el guardador que incluye carga de la prueba de la culpa[193], a diferencia del Código Penal que (art. 114, 1º) prevé una presunción *iuris tantum* que se extiende a los guardadores de mayores de edad[194].

Finalmente vale referir que en la doctrina argentina se propugna el cambio de la norma a una presunción absoluta: "Tradicionalmente se ha sostenido que esta responsabilidad asienta sobre bases subjetivas, girando la mayoría de las doctrinas en torno a la culpa de los padres, sea en la vigilancia, en la educación o en ambas. Sin embargo en la actualidad hay disposición a dotarla de rasgos objetivos"[195]. Para algunos "la responsabilidad de los padres debiera fundarse en un factor objetivo, exigir a los padres garantía por incumplimiento de los deberes que impone la patria potestad"[196]. Tal vez la aplicación de este criterio estricto contribuiría a que los padres cumplan su función de tales con mayor celo y rigurosidad, de modo tal que la pregonada libertad de los hijos no provoque víctimas inocentes[197]. Ello supondría en una reforma de la legislación venezolana convertir la presunción del artículo 1190 CC en una presunción absoluta, que no admitiera prueba en contrario y por tal los progenitores no pudieran exonerarse de responsabilidad. Pero por ahora la presunción no es suficientemente fuerte, y el artículo que se extiende a los artesanos y preceptores permite la posibilidad de desvirtuar la presunción de culpa porque es *iuris tantum*.

---

[190] Véase *supra* de este mismo tema 3.2.1: SUE M., *La Responsabilidad ...,* "El dañado puede así ejercer una acción directa contra el padre, la madre o tutor; o bien accionar directamente contra el menor mismo, en tanto éste haya obrado con discernimiento (Artículo 1.186 del Código Civil)."

[191] "El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad tienen el deber compartido, igual e irrenunciable de ejercer la Responsabilidad de Crianza de sus hijos o hijas, ***y son responsables civil,*** administrativa y penalmente por su inadecuado cumplimiento..." (Destacado nuestro).

[192] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 41.

[193] Véase: BINSTOCK, *ob. cit.*, pp. 187-212.

[194] Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 50, consagra una acción principal contra los padres o guardadores de los enfermos o débiles mentales como consecuencias de los daños ocasionados por los hechos ilícitos de estos, fundada sobre la presunción iuris tantum de actuación culposa y subsidiariamente una acción contra el agente material del daño imputable.

[195] PLOVANICH, *ob. cit.*, p. 24.

[196] *Ibid.,* p. 303, agrega: "la aplicación de un factor objetivo aportaría mayor seguridad jurídica, ya que evitaría el desorden que pueden provocar las interpretaciones judiciales disímiles, pues ante una casuística tan vasta los parámetros con los que se juzga o valora si se encuentran o no cumplidos los deberes de vigilancia o educación, pueden ir desde la indulgencia a una rígida severidad".

[197] *Ibid.,* p. 304.

La doctrina extranjera ofrece consideraciones interesantes que contrastan la responsabilidad de los progenitores con la del fabricante de juguetes del niño[198].

4.2.3. *La responsabilidad del preceptor y artesano* (CC, art. 1190)[199]
Luego de referirse a la responsabilidad de los progenitores y tutores consagra el citado artículo 1190 CC: "*....Los preceptores y artesanos son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices, mientras permanezcan bajo su vigilancia*".

Cabe hacer varias consideraciones sobre la norma:

a. El *agente material* es un *alumno* o *aprendiz, sea o no mayor de edad* o inimputable, pues el Código no establece la condición de la minoridad. Por lo que es irrelevante la minoridad del alumno o aprendiz[200]. Pero se aclara que en la consideración de la prueba en contrario, el Juez tomará en cuenta primordialmente la edad del agente. Pues si por ejemplo el maestro que tiene discípulos de 40 años no se le puede exigir la vigilancia de uno de 12 años. De modo que a medida que aumenta la edad del aprendiz, disminuye la obligación de vigilancia a cargo del artesano o preceptor. Y de allí que si el daño lo causa un menor bajo la vigilancia del preceptor, se elimina la responsabilidad especial del progenitor que solo aplica si el menor causa el daño mientras habita con el progenitor o tutor[201].

b. El *responsable* debe ser *preceptor* o *artesano*. El *preceptor* –expresión arcaica y claramente superada– para algunos[202], es la persona que teniendo la vigilancia del alumno le imparte una enseñanza y no una educación[203]; tiene la función no solo de instruir sino de *vigilar*. Funciones que son concurrentes y extensibles a personas incorporales integradas por preceptores[204]. Y así por ejemplo, el profesor universitario se coloca como ejemplo de

---

[198] Véase: LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: *El menor, sus juguetes y la responsabilidad civil*. En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 663-672. Véase *ibid.*, p. 672, la audiencia Provincial de Vizcaya en su sentencia 8-10-97 condenó solidariamente a los padres y la Compañía de seguro, después que su hijo menor hubiese herido en el ojo a otro niño durante el transcurso de un juego, con una "varita de un juguete terminada en forma de punta de estrellas".

[199] Véase: MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 435-446; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 643 y 644; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 41-43; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 615-623; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 74 y 75; CALVO BACA, *ob. cit.*, p. 337; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191...*, pp. 449-649; GONZÁLEZ TUBIÑEZ, John Franklin: *Responsabilidad civil de los docentes por los hechos ilícitos causados por sus alumnos en los centros educativos públicos y privados*. Maracaibo, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, 2007, trabajo especial de grado para optar al título de abogado, http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-07-01768.pdf.

[200] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 441.

[201] PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 75; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 41, aunque la minoridad no es requisito de la responsabilidad ella influirá en la intensidad del deber de vigilancia.

[202] VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, p. 320.

[203] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 439.

[204] *Ibid.*, p. 440; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 42.

un supuesto que instruye pero no vigila y por tal no es preceptor[205] entre otros[206]. No importa la modalidad de educación que imparta el preceptor.

Artesano es quien imparte una enseñanza profesional no por medio de lecciones sino por supervisión de labores diarias desempeñadas por el aprendiz. Se indica que el artesano es aquel que ejercita un arte u oficio meramente mecánico, tales como carpinteros, zapateros, herreros, electricistas, albañiles, etc. Ellos responden del hecho ilícito cometidos por los aprendices que están bajo su dirección sean o no mayores de edad pues la ley no distingue[207]. Para diferenciarlo del dueño debe atenderse a un relación laboral el aprendiz o trabajador, pues de ser así lo que existirá en la responsabilidad del 1191 CC[208].

Si el menor comete un hecho ilícito en horas de recreo en la Escuela, el maestro o preceptor será el responsable. Pues en ese momento el padre, madre o tutor no tienen la posibilidad de vigilar al menor[209]. Es improcedente que las entidades educativas donde estudia el menor pretendan cargar a los progenitores el hecho ilícito del menor cometido cuando están bajo su vigilancia. Pues rige la segunda parte del artículo 1191 CC.

c. *El hecho ilícito deberá acontecer bajo el cuidado o vigilancia del artesano o preceptor*. Deberá demostrarse que cuando el alumno cometió el hecho ilícito se encontraba bajo la vigilancia del preceptor, por lo que no comprende casos en que el alumno o aprendiz está fuera del colegio o de la institución de enseñanza[210]. Salvo que ello medie justamente por la culpa de quien tenía que ejercer sus funciones de vigilancia.

Vale recordar pues que al igual que en caso de los progenitores o tutores se está ante una presunción *iuris tantum*, pues no ha lugar a responsabilidad si se prueba que se ha ejercido la debida vigilancia, la de una persona prudente que no pudo impedir el hecho[211]. Por lo que aplica la misma idea desarrollada respecto de los progenitores y tutores[212], es decir los preceptores o artesanos podrían escapar de su responsabilidad mediante la prueba de haber efectuado la vigilancia debida[213].

La legislación española sustituye la originaria responsabilidad del profesorado, inspirada en la función de vigilancia sobre sus discípulos, por

[205] Por fortuna.

[206] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 440, no aplica al director de un manicomio, ni al superior de una orden religiosa, ni al director de un club o la encargada de una casa cuna ya que tales vigilan pero no imparten enseñanza.

[207] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 358.

[208] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 441.

[209] GONZÁLEZ TUBIÑEZ, *ob. cit.*, p. 71.

[210] MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 644; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 437, se precisa que el alumno o aprendiz se encuentre en el momento del hecho ilícito bajo la vigilancia del preceptor o artesano; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 42.

[211] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 360; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 622.

[212] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 438.

[213] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 43.

la responsabilidad del titular del centro porque es a éste último al que le corresponde adoptar las medidas necesarias de organización, mientras que la realidad docente no existe la relación de sujeción del alumno al profesor en que estaba concebida la redacción originaria del Código[214]. Se refiere que si el preceptor o artesano es empleado de un centro educativo, el régimen contra éste es más favorable a la víctima porque estable una presunción *iure et de iure* y puede accionar directamente contra el centro por aplicación del 1191 CC[215].

Las anteriores responsabilidades del padre, tutor, preceptor y artesano se fundamentan en un deber de vigilancia, esto es, una responsabilidad *in vigilando*[216]. Una presunción similar consagra el Código Penal, art. 118[217].

Palacios Herrera refiere que se trata de una responsabilidad que no tiene tanto interés práctico[218]. Las escasas decisiones judiciales que refieren la norma, no se pronuncian sobre el fondo[219]. Sin embargo, no son poco comunes los eventos que acontecen en los planteles de educación, en cuyo caso los progenitores de los menores de edad deben recordarles a éstos, que les resulta aplicable la segunda parte del artículo 1190 CC.

4.2.4. *Responsabilidad civil de los dueños y principales*[220]

Dispone el artículo 1191 CC: "*Los dueños o principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado*".

---

[214] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 928 y 929.

[215] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 620; González Tubiñez, *ob. cit.*, pp. 83 y 84, el accionante tiene dos caminos, demandar al Colegio o al maestro, siendo la más conveniente la que mejor beneficia al actor con la presunción de culpa.

[216] Álvarez Caperochipi, *ob. cit.*, p. 260.

[217] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 43, nota 75.

[218] Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 74 y 75.

[219] Véase: TSJ/SConst., Sent. 656 del 24-4-08, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Abril/656-240408-08-0260.htm ; Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, en Barquisimeto, Sent. 21-11-08, Exp. KE01-N-2001-000160, http://lara.tsj.gob.ve/decisiones/2008/noviembre/648-21-KE01-N-2001-000160-KE01-N-2001-000160.html.

[220] Véase: Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 447-487; Sue, Alejandro: *La responsabilidad civil de los dueños y de los principales o directores.* En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Carabobo Nº 49, 1985, pp. 75-89; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 645-656; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 43-50; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 625-640; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 56-58; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Ausencia de responsabilidad civil del dependiente por cuyo hecho responde el principal y del órgano por cuyo hecho responde la personal jurídica.* En: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 23-59; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *La responsabilidad por hecho de dependientes. Inmunidad del dependiente.* En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 405-425; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *La ausencia de responsabilidad por culpa ordinaria de los administradores y demás órganos de las personas jurídicas, y de los trabajadores y demás dependientes de las personas naturales o jurídicas.* En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés". Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise, 2015, pp. 31-60; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 75-82; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 337-339; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 191-193.

La norma se introduce en el CC de 1942 tomada del artículo 80 del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones, consagrando la responsabilidad objetiva del principal el hecho de su dependiente[221].

"La responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, en que el hecho u omisión que causó de inmediato el daño fue cometido por una persona distinta de la obligada a responder por la víctima. Un ejemplo de ello está establecido en el artículo 1.191 del Código Civil, de conformidad con el cual los dueños y principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes en el ejercicio de las funciones que les han empleado"[222].

Como fundamento de la responsabilidad[223] ubica igualmente la doctrina las teorías clásicas distingue entre culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*. La tesis objetiva se fundamenta en la idea de riesgo-provecho[224]; entre las tesis neoclásicas se ubica la representación, la tesis de la contrapartida de la autoridad y la tesis de la obligación de resultado. Algunos se inclinan por la idea de solidaridad en materia de daños ya que la actividad desplegada por los dependientes es estadísticamente riesgosa pero carece de la aptitud o idoneidad suficiente para ser calificada de habitualmente dañosa[225]. Es pues una garantía impuesta por razones de interés general[226].

La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno reside en la idea de que el deudor debe garantizar al acreedor el trabajo que realizan las personas de las que se sirve para la ejecución de la obligación, porque el acreedor no tiene ninguna relación con auxiliares y sólo puede ejercitar su pretensión de resarcimiento del daño contra el deudor, que es el único titular de la obligación. Se trata de atribuir el riesgo de la actividad de los auxiliares a quien se sirve de ellos para su propio beneficio[227]. Por lo que entre el fundamento de la responsabilidad giran la idea de riesgo, representación y garantía[228].

La ley atribuye al principal la responsabilidad por el hecho del dependiente, fundada pues en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del principal que *la ley presume*. Siendo por inspiración del Código Civil francés una presunción *iure et de iure*, que no admite prueba en contrario (a diferencia

---

[221] Acedo Sucre, *Ausencia...*, p. 39.

[222] Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 2-4-12, Exp. KP02-V-2007-004150 http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/2481-2-KP02-V-2007-004150-198-2012.HTML.

[223] Véase: Agoglia, y otros, *ob. cit.*, pp. 21 -37, luego de pasearse por las teorías subjetivas y objetivas; entre las que se ubican la idea de culpa, riesgo creado, representación y garantía; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I,pp. 451-468; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 43-46.

[224] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 113-121.

[225] Agoglia y otros, *ob. cit.*, p. 37.

[226] *Ibid.*, p. 108.

[227] Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, p. 352.

[228] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 630-632; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 47.

de la relación de causalidad)[229]. Así pues constituye una responsabilidad especial por hecho ajeno de tipo delictual, fundada en una presunción de culpa de carácter absoluto contra el civilmente responsable[230].

Venezuela al igual que otras legislaciones acoge la tesis de la inexcusabilidad[231]. Se trata pues de un caso de **responsabilidad objetiva**[232] porque la culpa del dueño no es de ninguna manera necesaria[233]. Constituye un factor objetivo porque no se admite la posibilidad de demostrar diligencia patronal o del principal[234]. De allí que se afirme que se presenta más que como una simple presunción, más bien como una atribución legal de responsabilidad objetiva que tiene su fundamento en el deber de garantía implícito en quien delega en otro la actividad que ejecuta en su nombre[235]. El legislador se muestra más clemente con los progenitores y tutores que con los principales en que no admite la prueba en contrario[236].

Se afirma que entre las condiciones[237] de la procedencia de la norma se ubica:

a. *La relación de dependencia entre el principal y el dependiente o sirviente*. La relación de dependencia[238] acontece siempre que se ejerce una actividad por cuenta y en interés de otro en cuyo favor va dirigido el

---

[229] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I,p. 465; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 46, estamos ante una presunción de culpa *iuris et de iure*, que no puede ser contrariada mediante la prueba de la ausencia de culpa. La relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño sí es de carácter *iuris tantum* porque puede ser desvirtuada por la prueba de la causa extraña no imputable; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 75; Dominici, *ob. cit.*, p. 617.

[230] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 646; TSJ/SCC, Sent. 000512 del 11-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180677-RC.000512-11815-2015-15-128.HTML .

[231] Agoglia, y otros, *ob. cit.*, p. 29.

[232] Véase: Bueres, *ob. cit.*, 50, la obligación del principal está fundada en el riesgo o en la garantía legal (objetiva); TSJ/SCC, Sent. 457 del 26-10-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000457-261010-2010-09-657.html "la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno y en particular la del dueño o dependiente, es una responsabilidad especial u objetiva".

[233] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 627.

[234] Agoglia y otros, *ob. cit.*, p. 95.

[235] Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. III, pp. 178 y 179.

[236] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 62.

[237] Véase: Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 655; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 47; TSJ/SCC, Sent. Nº 151 del 12-3-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000151-12312-2012-11-288.html; Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 1-6-11, Res. Nº PJ0192011000256, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2011/junio/2177-1-FP02-V-2010-000880-PJ0192011000256.html.

[238] Véase sobre ésta: Agoglia, y otros, *ob. cit.*, pp. 39-44; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 470-487; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 48 y 49; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 77 y 78; TSJ/SCC, Sent. 000512 del 11-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180677-RC.000512-11815-2015-15-128.HTML "la relación de dependencia significa sujeción, sometimiento, subordinación, relación o vínculo que debe existir entre el agente, dueño o principal y el subordinado, en cualquier caso para que exista dicha subordinación lo determinante es que pese en cabeza del principal el poder de dirección... No resulta suficiente que le hayan sido confiadas algunas funciones por una persona a otra".

resultado[239]. La dependencia deriva de la función o encargo conferido por el principal y de donde deriva el poder de dar instrucciones[240] al dependiente no precisa tener carácter permanente, siendo suficiente una relación temporal y aun ocasional[241]. Esto es, no importa que la dependencia tenga un carácter transitorio[242].

Por su parte, Bernad excluye que se trate de una *traslación transitoria de la relación de dependencia* por apartarse el dependiente de las instrucciones recibidas, y además, la víctima conociera el abuso del dependiente en el ejercicio de sus funciones, como sucedería, por ejemplo, ante los daños ocasionados al descargar una mercancía transportada si la descarga la realiza un empleado de la empresa de transporte que entre sus funciones no se encuentra en modo alguno la práctica de descarga de la mercancía transportada[243]. En el Derecho argentino se acepta una situación fáctica de "encargo" realizada en interés de otro y que implica la virtual posibilidad de ordenar o encomendar la actividad encomendada[244].

b. El *hecho ilícito* del dependiente que incluye la culpa de éste[245]. Se debe configurar propiamente la conducta antijurídica y culpable que ocasione un daño y que sea imputable al dependiente, de conformidad con los elementos concurrentes estudiados *supra* a propósito del artículo 1185 CC, a saber, daño, culpa y relación de causalidad.

c. El daño ha de ser causado en el *ejercicio de las funciones* del sirviente o dependiente[246]. Así ha indicado el Máximo Tribunal: "de conformidad con la norma contenida en el artículo 1.191 del Código Civil, el patrono (en referencia al caso concreto) es responsable del ilícito en el que incurra el empleado durante el ejercicio de las funciones para la cual fue empleado.

[239] AGOGLIA, y otros, *ob. cit.*, p. 41.

[240] PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 77.

[241] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, p. 472.

[242] PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 77.

[243] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 49 y 50.

[244] AGOGLIA y otros, *ob. cit.*, p. 44.

[245] TSJ/SCC, Sent. 457 del 26-10-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000457-261010-2010-09-657.html "esta presunción debe cumplir con los requisitos de demostrar la condición de dependencia del sujeto que ocasiona el daño y la culpa de este, para que opere la presunción legal, dejándose establecida la culpa del principal o dueño, lo cual en efecto no exige prueba".

[246] Véase: MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...,* T. I, pp. 468-487; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 655, OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 632-640; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 77-82; TSJ/SCC, Sent. Nº 151 del 12-3-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000151-12312-2012-11-288.html "La circunstancia de que el hecho ilícito fue perpetrado por el sirviente o dependiente en el ejercicio de las funciones para las cuales fue empleado"; TSJ/SCC, Sent. 000512 del 11-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180677-RC.000512-11815-2015-15-128.HTML "la expresión utilizada por la norma *"en el ejercicio de las funciones en que los han empleado"* implica que dichas funciones competen y dependen de la esfera de actividad propia del comitente e incumben de manera directa e incuestionable al principal, en consecuencia, si el acto ejercido se traduce en una competencia natural, fin, medio, vehículo, canal del acto dañoso, podrá revisarse la responsabilidad objetiva del dueño o principal". LASARTE, *Derecho...*, p. 288; AGOGLIA y otros, *ob. cit.*, pp. 39-88.

Así mismo es de agregar, que una vez comprobada la culpa del dependiente, se prueba, al mismo tiempo, la culpa del principal."[247] El principal podría ser persona incorporal.

d. *Debe probarse la calidad de dueño, principal o director del demandado y la condición de sirviente o dependiente de quien cometió el hecho ilícito.* Las condiciones son concurrentes[248].

El principal únicamente quedará comprometido frente al tercero en la medida que se abastezcan respecto del comisionado los presupuestos que permiten aprehender su comportamiento como un verdadero acto ilícito. Ello explica la condición refleja o indirecta que asume el deber de responder del principal frente al damnificado[249]. Ochoa comenta que se podría demandar tanto al principal como al dependiente y aquel intentar acción de regreso contra éste. Pero por razones de solvencia puede ser inoficioso.[250] De allí que en el Derecho español Lasarte califique la responsabilidad del empresario como *"directa"* porque no se requiere que previa o simultáneamente se demande al empleado causante del daño[251]. Se afirma que satisfecha la reparación por el civilmente responsable, este cuenta con una acción de reembolso contra el agente material del daño que fue en verdad quien ocasionó directamente el daño[252]. Es decir, el principal pudiera obtener el reembolso de lo pagado contra el dependiente por el hecho ilícito de éste.

Sin embargo, Acedo Sucre plantea la *inmunidad del dependiente* que no ha abusado de sus funciones, el cual no compromete su responsabilidad individual.[253]. Esto es, el principal responde por el hecho ajeno del dependiente, pero responde por hecho propio por las actuaciones de sus órganos[254]. Se trata de una responsabilidad objetiva por riesgo[255]; no siendo la culpa el basamento de tal responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, éste último no debería ser responsable ya que actúa en ejercicio de una función. Por lo que –para el autor– la responsabilidad del principal debe en principio,

---

[247] TSJ/SConst., Sent. Nº 1786 del 18-7-05, http:// www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1786-**180705**-04-2737.htm En el caso concreto, de la valoración –autónoma– de las pruebas (en especial del acta compromiso) el juez comprobó el hecho ilícito y la culpa de la empleada, culpa que de acuerdo a la norma referida *supra,* recae sobre el principal (patrono).

[248] Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 655

[249] Agoglia y otros, *ob. cit.*, p. 45.

[250] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 627.

[251] Lasarte, *Derecho...*, p. 288.

[252] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 47.

[253] Véase: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Ausencia ...*, pp. 23-60; Acedo Sucre: *La responsabilidad...*, pp. 405-425; Acedo Sucre: *La ausencia...*, pp. 31-60.

[254] Acedo Sucre, *Ausencia...*, pp. 28 y 29 y 46. Si la persona incorporal actúa mediante el órgano en ejercicio de sus funciones se trata de un hecho propio, al que se le puede aplicar analógicamente el artículo 1169 del CC relativo a la representación voluntaria (*ibid.,* p. 50).

[255] Acedo Sucre, *Ausencia...*, pp. 35 y 36; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 628, no cabe desvirtuar la presunción.

eliminar la del dependiente[256]. Constituye una tesis interesante que podrá servir de defensa al dependiente ante la pretensión de reembolso del principal.

Surge la pregunta si las Clínicas pueden ser responsables por el hecho ilícito de los médicos que la integran con base a la norma en estudio. Refiere la doctrina un caso contra Clínicas Caracas, con decisión en primera instancia[257], apelación ante el Superior[258], y posterior recurso ante la Sala Civil[259], en que se pretendió acoger un criterio más amplio ubicable en el artículo 1191 del CC considerando que los médicos responden al criterio del subordinado. No obstante que la Sala Constitucional por vía de revisión[260] acogió un criterio de subordinación estricta[261].

Se afirma acertadamente que excluir la responsabilidad de las Clínicas ante la actuación del médico constituye un retroceso[262], pues considerar que dicho profesional es independiente supondría que la Clínica no participa en los servicios prestados. De allí que lo pertinente sería asumir la tesis del riesgo o mínimo control que deben ejercer las Clínicas sobre los médicos, a lo que habría que agregar un principio utilitarista y de consumo[263]. Supuestos de responsabilidad de tales entes a propósito del artículo en

---

[256] ACEDO SUCRE, *Ausencia*..., p. 40. Cita sentencia de la Nº 0340 del 2-11-01; ACEDO SUCRE, *La responsabilidad por hecho de dependientes* ..., p. 425, "en nuestro criterio, la inmunidad del órgano que no ha abusado de sus funciones está plenamente justificada. Asimismo, en Venezuela se debería considerar que el dependiente que no ha abusado de sus funciones no compromete su responsabilidad individual".

[257] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 14-8-07, Exp. 43.055, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/agosto/2116-14-43055-.html (condena a la Clínica a pagar por concepto de daño moral a la niña).

[258] Véase: Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-10-09, Exp. 5.636, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/octubre/2147-19-5636-7.html (sin lugar el recurso de apelación).

[259] Véase: TSJ/SCC, Sent. 457 del 26-10-10, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000457-261010-2010-09-657.html Adrián, *Nuevas*..., p. 440, la sentencia acoge la responsabilidad objetiva de la clínica por considerar que los médicos responden al criterio subordinado previsto en el artículo 1191 CC.

[260] Véase: TSJ/SConst., Sent. 484 del 12-4-11,http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/484-12411-2011-11-0250.html. Véase siguiendo tal tesis a propósito de la Clínica Sanatrix: Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 28-4-14, Exp. AP71-R-2013-000941, Cas http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ABRIL/2145-28-AP71-R-2013-000941-.HTML "en nada interviene la Clínica en cuanto a la manipulación de la cirugía; en estos casos la responsabilidad es personalísima, por lo cual solo podría atribuírsele a quien o quienes llevaron a cabo la operación, ya que la Clínica sólo fungía como una persona jurídica de carácter administrativo o gerencial, y no de carácter operativo, directamente vinculado con la intervención; al momento de someterse a la operación".

[261] ADRIÁN, *Nuevas*..., p. 440, en definitiva, lo que acoge la Sala Constitucional es el criterio más antiguo y reconocido de subordinación frente a un criterio más amplio que pretendió acoger la Sala de Casación Civil. Véase sobre el tema: ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: "*El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas...*, pp. 61-90; BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. III, pp. 203-263; BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. IV, pp. 159-166.

[262] ÁLVAREZ OLIVEROS, *El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de la clínicas...*, p. 89.

[263] *Ibid.*, p. 90.

estudio se observa igualmente en el caso de Clínica el Ávila[264]. Se aprecian decisiones extranjeras que consideran que el profesional de la medicina si es dependiente de la Clínica por lo que ésta responde por el hecho de aquel[265] y que pesa sobre el centro hospitalario el deber de dar seguridad a la persona del paciente[266].

Cabe recordar que las causas de exoneración de responsabilidad aplican para el artículo 1190 del CC y los demás supuestos de responsabilidades especiales.

4.3 *Responsabilidad especial por cosas*[267]

4.3.1. *Noción*

En el antiguo derecho romano, no se conoció una teoría general de la responsabilidad civil relativa a los daños causados por cosas, salvo apenas el supuesto de los daños causados por animales, por edificios ruinosos y objetos arrojados o caídos. Pero por la propia naturaleza de las "cosas", estas no son susceptibles de tener actividad en sí mismas sin la intervención de un comportamiento humano[268].

Surge así como una necesidad que rodea la idea de responsabilidad civil que los daños causados por las cosas sean imputados a las personas que sobre ellas tienen alguna relación jurídica que suponga un poder de vigilancia o equivalente. Pues de lo contrario, bajo el amparo de la carencia de "personalidad jurídica" de las cosas u objetos, se quedaría injustamente exonerado de responsabilidad.

La responsabilidad por los daños causados por animales y cosas de su propiedad o bajo guarda o cuidado, está prevista en los artículos 1192, 1193 y 1194 del Código Civil[269].

---

[264] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 151 del 12-3-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000151-12312-2012-11-288.html; Juzgado Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-12-07, Exp. 13.619, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/DICIEMBRE/2119-18-13.619-.HTML Véase también denunciando infracción del artículo 1191 CC pero no fue considerada en Caso Centro Médico María Inmaculada, C.A: TSJ/SCC, Sent. 327 del 14-6-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Junio/RC.000327-14613-2013-13-033.html. Véase considerando dependiente de la Clínica al médico aunque fue declarada sin lugar: Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 1-6-11, Res. Nº PJ0192011000256, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2011/junio/2177-1-FP02-V-2010-000880-PJ0192011000256.html.

[265] *Responsabilidad médica. Fallos seleccionados*. http://www.editorialjuris.com/libros/12.pdf Tribunal: T. Coleg. de Resp. Extracontr. Nº 6 Rosario (S.F.) fallo 9-6-05.

[266] Véase: Pérez Bravo, *ob. cit.*, p. 221.

[267] Véase: Mélich Orsini, José: *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, pp. 11-230; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 657-708; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 641-699; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 83-105; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 53-79; Le Tourneau, *La responsabilidad civil. ...*, pp. 185-204; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 933-950; Martínez Rave, *ob. cit.*, pp. 219-252; Facio, *ob. cit.*, pp. 560-653.

[268] Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, T. II, pp. 11 y 12.

[269] Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 2-4-12, Exp. KP02-

La responsabilidad por cosas es incluida, en principio, en los supuestos de responsabilidad objetiva[270] ajena a la culpa del agente con base a la idea del riesgo. La responsabilidad derivada del daño producido por cosas y animales se basa en la presunción de que el responsable es quien causó un daño por la respectiva falta de vigilancia u omisión de las medidas o precauciones adecuadas para el caso[271]. En efecto, se indica que la hipótesis de mayor aplicación de la teoría objetiva es la relativa a la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa[272]. En España la responsabilidad entre los supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa se ubica en el CC la responsabilidad por animal, caída de árboles y objetos arrojados o caídos[273].

Veremos de seguida la responsabilidad civil por cosas, pero se acota que aunque se haya colocado dentro de la misma familia de daños causados por los animales, la ruina de edificio y por incendio, en realidad no obedecen a una idea común, pues el CC trae ideas y presunciones diferentes en cada caso[274].

4.3.2. *Guardián de un animal*[275]

Dispone el CC, art. 1192: "*El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiese perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente ocurrió por falta de la víctima o por el hecho de un tercero*".

La figura de la responsabilidad por daños causados por animales está regulada de similar forma en los Códigos Civiles más importantes[276], y ha conservado una formulación que testimonia sus orígenes remotos que se remontan a la tradición romana clásica y a una época en la que el animal tenía la función de instrumento de producción en el cuadro de la sociedad agrícola[277]. En el Derecho romano también se tenía en cuenta esta clase de

V-2007-004150 http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/2481-2-KP02-V-2007-004150-198-2012.HTML cita sentencia del 12/11/2000 de la Sala de Casación Civil con ponencia del Magistrado Dr. Franklin Arriechi, Exp. Nº 00-985, Víctor José Colina Arenas contra Raúl Aldemar Salas Rodríguez, Pergis, C.A. y Adriática de Seguros C.A.

[270] Véase: López y López y otros, *ob. cit.*, p. 353; Lasarte, *Curso...*, p. 418; Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 97-120.

[271] Albaladejo, *ob. cit.*, p. 960.

[272] Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. III, p. 179.

[273] Véase: Lasarte, *Derecho...*, p. 295, Amén de los casos de leyes especiales tales como navegación aérea, vehículo automotor, energía nuclear, caza y consumidores.

[274] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 83.

[275] Véase: Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, pp. 47-94; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 704-708; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 54-59; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 681-688; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 101-105; Dominici, *ob. cit.*, pp. 619-621; Sanojo, *ob. cit.*, pp. 58 y 59; Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 396 y ss.; Sagarna, Fernando Alfredo: *Responsabilidad civil por daños causados por animales.* Derecho comparado, doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires, Depalma, 1998; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196*, pp. 15-88; Pierre Tapia, *ob. cit.*, pp. 163-169.

[276] Véase a propósito del Derecho Comparado: Sagarna, *ob. cit.*, pp. 13-45.

[277] Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, p. 382.

daños por animales[278]. El caso típico es el perro que se pasea, pero la norma aplica a cualquier animal que ocasione un daño a alguien.

Se reseñan varios requisitos[279] para la procedencia de la norma:

a. La condición de *dueño o guardián* del animal

Se debe tratar de un daño causado por un animal, y debe determinarse la condición de su *dueño* o de *quien lo tenga a su cuidado*. Para Ochoa el responsable es el propietario del animal al margen de probar la propiedad. En tanto que el sirviente o dependiente no puede ser considerado como responsable a título de guardián pues en tal caso el propietario conserva la tutela jurídica sobre el animal[280]. No es tarea fácil determinar quién es el propietario de un animal causante de daños[281], ya que generalmente los daños se producen cuando el animal no está acompañado de sus dueños, y aunque estén con alguna persona, ello no significa que sea su titular. Si un perro muerde un niño o unas ovejas destruyen plantaciones, será difícil en ocasiones precisar el dueño[282].

Para otros la norma alude a "*dueño o* ***quien lo tiene bajo su cuidado***", con lo que se quiere resaltar que el verdadero responsable es el que ostenta la guarda del animal, sea su dueño, lo cual no tiene por qué suceder siempre, y cuando así no sea así responderá el guardián del animal. Pues la responsabilidad se traslada a la guarda[283]. La referencia a "guardián" en los legitimados pasivos se asocia a aquel que se sirve de la cosa[284], por lo que los cuidadores de animales son responsables por los daños causados por estos[285]. En tal sentido afirma la doctrina española que se trata de quien

---

[278] Sagarna, *ob. cit.*, p. 1.

[279] Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 706 y 707; Bernad Mainar, *ob. cit.* , T. IV, p. 57; TSJ/SCC, Sent. 000512 del 11-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180677-RC.000512-11815-2015-15-128. HTML ; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, Exp. FP02-A-2006-000009 http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2008/noviembre/1973-11-FP02-A-2006-000009-PJ0182008000836.html "Se requiere la intervención activa del animal, que este cause el daño. • Que el dueño del animal o el que lo tenga a su cuidado, es el civilmente responsable del daño que este cause, es decir el agente responde por la falta de vigilancia ejercida sobre los animales. Se trata de una responsabilidad objetiva que no descansa en la teoría de la culpa.

[280] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 685.

[281] Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes, Sent. 5-6-09, Exp. 4589, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/junio/1532-5-4589-1906.html "a tenor de lo dispuesto en el artículo 1192 del Código Civil, ...no se verifica de actas que los codemandados sean los propietarios del animal que causó el daño, así como tampoco que el mismo se encontraba en custodia de estos en la casa Nº 5, ...lo cual en principio plantearía a este órgano jurisdiccional una duda acerca de la cualidad de parte de los codemandados de actas".

[282] Sagarna, *ob. cit.*, p. 83.

[283] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 55.

[284] Sagarna, *ob. cit.*, pp. 97-99.

[285] *Ibid.,* p. 109.

obtiene un beneficio del animal aunque no sea su propietario, pero también al propietario cuando tenga la guarda del animal[286].

La doctrina patria para precisar la persona responsable parece apuntar a la guarda[287], sin perjuicio de que pudiera demandarse también al dueño en sentido técnico con base a la expresa redacción del artículo 1192 del CC. Se discute si se trata de una responsabilidad alternativa, pues la responsabilidad del dueño o del guardián por el hecho de los animales es disyuntiva[288], en tanto que para otros es conjunta[289], pudiéndose plantear la acción de regreso[290]. Para Mélich es cierto que la subsistencia de la responsabilidad del dueño del animal podría explicarse en función de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente pero entonces habría que admitir la acumulativa responsabilidad del dependiente aun en caso de que no pueda establecerse una culpa personal a su cargo, ya que él es propiamente el detentador del animal[291].

Pudiera concluirse con base a la redacción de la norma que se puede accionar contra ambos (propietario y guardador) o contra cualquiera individualmente, sin perjuicio entre ellos de acción de reembolso. Toda vez que mal se puede excluir al propietario del animal si la norma expresa y claramente lo incluye, amén de ser responsable en delegar la guarda del animal en un tercero.

b. Daño ocasionado por el animal[292]

La víctima debe probar que el daño fue causado por el animal[293], esto es, como consecuencia de la "intervención" del animal[294]. Se refiere que los animales son cosas muebles animadas[295]. No caben distinciones respecto del tipo de animal que ha causado el daño, pues la norma comprende toda clase de animales domésticos o no, mansos o feroces[296], cualquiera que sea

---

[286] Véase por ejemplo en el Derecho español: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 935.

[287] Sagarna, *ob. cit.*, p. 61, el único criterio utilizable para determinar la persona responsable es el de la guarda; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 55; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 705 y 706.

[288] Sagarna, *ob. cit.*, pp. 117 y 118.

[289] *Ibid.,* p. 121.

[290] *Ibid.,* pp. 125 y 126. Véase *ibid.,* p. 129, la relación jurídica existente entre las partes regirá la acción de regreso. En el supuesto de que no hubiese un acuerdo preexistente entre el guardián y el titular del animal, la responsabilidad extracontractual regirá la acción regresiva. La acción de regreso no prospera si el guardián se sirvió del animal en contra de la voluntad de su dueño. Pero podría prosperar si se trata de gestión de negocios.

[291] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, p. 53.

[292] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 57.

[293] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, p. 70.

[294] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 57.

[295] Sagarna, *ob. cit.*, p. 67. Agrega que puede ser fungibles o infungibles (por ejemplo, ganadores de premios o de especial afecto, y pueden estar o no en el comercio (*ibid.,* pp. 67 y 68).

[296] Véase: *ibid.,* p. 60, indica que la mayoría de los autores incluye a los animales domésticos, domesticados y feroces; Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 708. Véase: Dominici, *ob. cit.*, pp. 620 y 621, los CC

su tamaño, inclusive a decir de Mélich, microbios que se encuentren en un laboratorio. Lo cual lo descarta acertada e irónicamente Palacios Herrera[297]. Aplica igualmente a rebaños, hatos, piras o cualquier conjunto de animales. Excluyéndose sólo los animales no susceptibles de guarda como los salvajes[298], aunque es posible que una persona ejerza cierto control de guarda sobre animales salvajes como acontece con los propietarios de circos o apicultores, dueños de colmenas de abejas, etc.[299]

Los daños causados por un animal a otro, es decir, indirectamente al propietario de éste último, están regidos por los mismos principios que los daños causados directamente por un animal a otra persona[300].

c. Se requiere una "*intervención activa*" del animal[301]

El animal debe participar activamente en la producción del daño[302] y no debe constituir solamente la ocasión. Esto es, debe constituir una causa *sine qua non* del daño. La víctima debe probar la secuencia causal que involucra el hecho del animal pero el propietario puede probar que se ha debido al hecho de la víctima o del tercero, u otro evento. Pero se afirma por ejemplo que un ruido imprevisto de un avión o vehículo no configura caso fortuito a los efectos del desbocamiento imprevisto de un caballo, porque se trata de un evento que no es ajeno a la normal peligrosidad del animal[303].

Recordemos que la víctima debe probar la calidad de propietario o guardián, los daños causados por el animal y el nexo de causalidad[304]. De allí que en resumen entre las condiciones requeridas para la procedencia de la norma se ubica el daño, el cual debe haber sido causado activamente por el

---

venezolanos de 1904, 1896 1880 y 1873, 1862, se referían a animal "feroz"; Código Civil de Venezuela, arts. 1192-1196, pp. 17-19.

[297] Véase: Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 102, no ha faltado quien afirme que incluye daños causados por bacilos cultivados en laboratorios. Pero tal doctrina ha sido desechada por los tratadistas, pues cuando una persona muere de tifus o cólera no aplica dicha norma. Por ello, algunos señalan que se trata de semovientes dotados de energía física. Véase referencia de Mélich Orsini incluyendo a los microbios en: *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, p. 69.

[298] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, p. 69; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 56.

[299] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 686; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 102, no hay duda que el animal salvaje en estado de cautiverio responde el guardián.

[300] Pierre Tapia, *ob. cit.*, p. 168.

[301] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 103; Maduro Luyando, *ob. cit.*, pp. 707 y 707; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 57, no basta el mero contacto físico entre el animal y el daño infringido a la víctima, sino que se precisa un hecho activo del animal en el sentido de que su actuación ha sido determinante en la producción del daño.

[302] Véase: Sagarna, *ob. cit.*, pp. 134 y 135, el hecho debe ser *autónomo*, esto es debe haber provenido de los actos propios del animal, sin la intervención fáctica de la conducta del hombre. El animal debe haber *intervenido activamente* en la mecánica del hecho. (destacado original). Ejemplo de intervención pasiva es el animal inmóvil que es embestido por un automóvil. Pero su intervención es activa si el animal se hallaba en movimiento.

[303] Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, p. 384.

[304] Sagarna, *ob. cit.*, pp. 144-147.

animal con base a una relación de causalidad y el carácter de guardián del civilmente responsable[305]. O también en nuestro concepto de "propietario".

La presunción de *culpa es iure et de iure* o absoluta en tanto que la presunción de causalidad es relativa[306]. Se afirma en la doctrina española que se trata de un caso de *responsabilidad objetiva*[307] y en la misma línea se ubica acertadamente cierto sector de la doctrina patria[308]. Su fundamento está en la teoría del riesgo provecho. En efecto, según indicamos, la responsabilidad por cosas constituye un ejemplo de responsabilidad objetiva. Al efecto indica la doctrina que en tal caso entra en juego "las nociones más recientes de responsabilidad objetiva o de responsabilidad civil como consecuencia de una utilidad proveniente de una actividad de riesgo."[309]

El demandado podrá probar a los fines de su exoneración la existencia de una causa extraña que rompa el nexo de causalidad aunque no la presunción de culpa. De allí que se afirme que aunque la norma se refiera únicamente a culpa de la víctima y hecho del tercero debe admitirse la exoneración también ante caso fortuito y fuerza mayor[310]. Se agrega que también podría probar la inexistencia de los citados requisitos, a saber, que no hubo daño, ni intervención activa del animal o que no se es guardián o propietario[311].

4.3.3. *Guardián de una cosa*[312]

Dispone el artículo 1193 CC: "*Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor...*".

---

305 *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196...*, p. 28.

306 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 706; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 683, se trata de una presunción irrefragable; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196...*, p. 22.

307 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, p. 935; Sagarna, *ob. cit.*, p. 70, la teoría más moderna afirma que es objetiva.

308 Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 59, predomina en la actualidad la concepción de la presunción irrefragable o *iuris et de iure*, y más aún, se expresa claramente como un ejemplo típico de la responsabilidad objetiva.

309 *Ibid.*, p. 55.

310 Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, p. 82. Véase sobre tales causas de exoneración: ibid., pp. 83-94; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 57, a pesar del silencio de la ley; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 688; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196...*, p. 28; Sagarna, *ob. cit.*, pp. 149-173.

311 Maduro Luyando, *ob. cit.*, p. 708.

312 Véase: Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, pp. 95-192; Maduro Luyando, Eloy: *Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito derivada de la Guarda de Cosas Inanimadas*. En: Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia. Caracas, Fabretón, 1998, pp. 115-234; Maduro Luyando, *Curso...*,pp. 657 y ss.; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 59-71; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 649 y ss.; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 83-97; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 339-346; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196...*, pp. 89-278; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 195-197; Guerra Hernández, Víctor Hugo: *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Vigencia del artículo 1.193 del Código Civil a la luz de los artículos 92 y 93 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 537-552.

Las cosas de por sí son inertes, carecen de movimiento y cuando se causa un daño es porque han sido movidas por el hombre lo que está resuelto por los principios tradicionales de la responsabilidad[313].

La disposición en comentarios aparece en el CC de 1942 tomada del artículo 82 del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones[314], por el hecho del guardián o de la cosa bajo su guarda, que constituye un caso de responsabilidad objetiva[315].

Con base a lo anterior se reseña entre las condiciones de la responsabilidad: el daño, la intervención de la cosa y la condición de guardián del civilmente responsable[316]. Veamos cada uno de tales.

a. *La condición de guardián*[317]

La redacción del CC apunta a que el responsable es la persona que tiene la cosa bajo su "guarda", esto es, el "guardián" de la misma. Aquel que tiene un poder autónomo de mando, dirección, control, uso y vigilancia sobre la cosa, sin que sea necesario que dichos poderes sean concurrentes, sino que basta generalmente con los poderes autónomos de dirección y control de la cosa[318].

Para algunos quien ejerce un señorío sobre la cosa[319], como una proyección de la guarda y no como una extensión del derecho de propiedad. La presunción de responsabilidad que establece el artículo no gravita sobre el propietario sino sobre el guardián, aun cuando sobre el propietario pese la presunción de ser guardián[320]. La guarda no es la propiedad aunque en la mayoría de los casos el guardián es el propietario. Y la doctrina francesa ante la pregunta: ¿qué sucede cuando el propietario ejerce la guarda por intermedio de un dependiente? Se responde que éste último al estar bajo la subordinación del comitente, no tiene dominación de la cosa inclusive si el dependiente goza de autonomía, el dueño permanece como guardián[321].

---

[313] Véase: Maduro Luyando, *Curso...,* p. 658.

[314] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, p. 95; Maduro Luyando, *Curso...,* p. 658.

[315] Acedo Sucre, *Ausencia...*, p. 39; TSJ/SCC, Sent. Nº 21 del 8-3-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC-00021-080305-04018.htm; TSJ/SCS, Sent. 0868 del 18-5-06, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0868-180506-051900.htm "De todo esto se desprende que la teoría del riesgo profesional, tuvo su origen en la conocida responsabilidad objetiva por la guarda de la cosa".

[316] Maduro Luyando, *Curso...,* p. 675; TSJ/SPA, Sent. 670 del 9-5-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/00670-9507-2007-2004-0532.html "a) el daño moral sufrido por los actores; b) la intervención de la cosa en la producción del daño moral alegado; y c) la condición de guardián que ha de tener la empresa demandada sobre la cosa presuntamente generadora del referido daño moral"; TSJ/SPA, Sent. 722 de 27-5-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00722-27509-2009-2004-0330.html

[317] Véase respecto de las personas responsables: Maduro Luyando, *Curso...,* pp. 661-665.

[318] *Ibid.,* p. 661.

[319] Véase: Le Tourneau, *La responsabilidad civil.* ..., p. 195, la guarda se caracteriza por el poder de uso, control y dirección. Más globalmente, la guarda implica la dominación o señorío sobre una cosa.

[320] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, p. 122.

[321] Véase: Le Tourneau, *La responsabilidad civil.* ..., p. 197; Visintini, *Tratado...,* Vol. 2, pp. 367 y 368, debe considerarse guardián al propietario de la cosa o al poseedor, o sea, tanto al titular del derecho de propiedad como a quien ejercita sobre la cosa un poder correspondiente al ejercicio de ese derecho.

Por lo que el artículo 1193 del CC no plantea –a diferencia del artículo 1192 *eiusdem* relativo al animal– la discusión relativa a la inclusión del "propietario" de la cosa. Sino que se limita claramente a quien ejerce la "guarda".

Al efecto ha indicado la jurisprudencia: "Se presume que el propietario de una cosa tiene también la guarda de la misma, pues es quién tiene el poder de dirección y control de la cosa; sin embargo, se presenta la duda cuando este no la detenta materialmente, pues, precisamente la guarda se refiere al control y dirección sobre la cosa, y es ahí donde surgen dos circunstancias que tienen que ver con el hecho de que el propietario traslade la guarda a otra persona ya sea con su asentimiento o sin él. En el primer caso, se hace efectivo el traslado a través de un contrato de arrendamiento, comodato u otro similar, en los cuales habría que precisar si además del traslado de la posesión, hubo también la transmisión del control y dirección; en la segunda situación, el propietario pierde la detentación, control y dirección de la cosa, pero sin su asentimiento, verbigracia: el robo o hurto, entre otros. En virtud de lo antes expuesto, la Sala puede precisar que el traslado efectivo de la guarda se verifica cuando se transfiere no sólo la posesión material de la cosa, sino también cuando se le da a otra persona el poder de control y dirección de la misma"[322].

b. *La intervención de la cosa*[323]

La norma abarca toda clase de bienes, muebles e inmuebles, peligrosos o no[324], dinamizadas por el hombre y autodinamizadas[325]. Debe existir una relación daño-cosa[326]. Las cosas no son peligrosas en sí mismas, pero según las circunstancias en que ocasionan daño, puede considerárselas en algunos casos que poseen riesgos o peligros de dañar. Por ejemplo, la cosa que responde dócilmente a la voluntad y acción de una persona a la cual le sirve de instrumento (un bastón o un cuchillo), no es una cosa riesgosa, el daño que pueda causar es considerado hecho propio del hombre con la cosa y su culpa se presume. Pero si la cosa actúa por sí misma y el hombre no puede dominarla escapando aquella de su control, el daño es el resultado del hecho autónomo de la cosa. La culpa es extraña a la responsabilidad del guardián, por lo que no es necesario probar su culpa ni puede eximirse acreditando que no tuvo culpa[327]. Pues efectivamente se trata de un caso de responsabilidad objetiva.

---

[322] TSJ/SCC, Sent. Nº 614 del 15-7-04, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00614-**150704**-03200.html.

[323] Véase: MADURO LUYANDO, *Curso...*, pp. 668-673.

[324] Véase: *ibid.*, pp. 667 y 668.

[325] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, p. 134. Véase también: MADURO LUYANDO, *Curso...*, pp. 667 y 668; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 65-68.

[326] Véase: MADURO LUYANDO, *Curso...*, p. 669.

[327] BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. III, p. 179.

La expresión hecho de la cosa exige no solo que la cosa haya tenido algún papel en la producción del daño sino que sea la causa generadora[328]. De allí que en cuanto a la "intervención de la cosa" se precisa una relación de causalidad, y en consecuencia, que el daño sea producido por la cosa[329]. Por lo que la responsabilidad especial bajo análisis como es natural también precisa de la prueba de la relación de causalidad[330]. El daño debe producirse con ocasión de la cosa, sin que necesariamente se produzca contacto físico. Por ejemplo, cuando un ciclista, por evitar colidir con un vehículo, se causa un daño, no existe contacto físico entre el ciclista y el vehículo y sin embargo, éste fue la cosa que el causo el daño[331].

c. *El daño*

Se precisa que la cosa debe haber causado el daño[332] pues es requisito necesario de la responsabilidad civil la producción de un daño, que bien podrá ser material o moral. Es así que el artículo 1193 del Código Civil, establece que toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1196 *eiusdem*, la obligación de reparación de esos daños se extiende al daño moral que haya sido causado[333]. De tal suerte que la responsabilidad bajo análisis puede extenderse obviamente a los daños morales según indicó la Sala de Casación Social: "la responsabilidad objetiva por guarda de cosas, hace responder al guardián, tanto por el daño material como por el daño moral que la cosa ocasione, independientemente que medie la culpa o negligencia del guardián"[334].

Se trata de una presunción de *culpa* ***iure et de iure***, absoluta e irrefragable que recae sobre una culpa *in vigilando*[335], en tanto que la presunción de causalidad es *iuris tantum*, pues el guardián podría exonerarse por la prueba de la causa extraña no imputable[336]. Pues sabemos que la responsabilidad objetiva no obstante la presunción de culpa, admite la posibilidad de causa extraña no imputable que rompe la relación de causalidad.

---

[328] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 652.

[329] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 669. Sobre las teorías (criterio de la intervención activa de la cosa o la tesis del hecho autónomo de la cosa): *ibid.*, pp. 669-673.

[330] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 1139 del 29-9-04, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/septiembre/RC-01139-290904-03920%20.htm "...si no se demostró la vinculación causal entre la cosa que estaba bajo la guarda del demandado y la producción del daño o la lesión sufrida por el menor hijo del accionante, mal podía aplicarse la consecuencia jurídica del mentado artículo, en consecuencia, el ad quem no incurrió en la falta de aplicación del artículo 1.193 del Código Civil".

[331] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 669.

[332] Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, p. 152.

[333] TSJ/SCS, Sent. Nº 1166 del 9-8-05, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1166-090805-05182.HTM

[334] TSJ/SCS, Sent. Nº 116 del 15-5-00, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm (José Tesorero vs Hilados Flexilón). Véase también nuestro trabajo: Domínguez Guillén, *Comentarios a la sentencia el 17-5-2000 ...*, pp. 222-225.

[335] Maduro Luyando, *Curso...*, pp. 665 y 666.

[336] *Ibid.*, p. 666; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 62.

La norma en comentarios a diferencia de la anterior, reseña expresamente las causas de exoneración de responsabilidad, a saber, las cuatro modalidades de causa extraña no imputable[337]. Que han sido consideradas perfectamente extensibles a la responsabilidad del Estado, cuando se trata de la norma bajo análisis[338], por aplicación del artículo 140 de la Constitución[339].

Se pregunta la doctrina si se podría combinar la responsabilidad del guardián de la cosa con la del dueño o principal por hecho del sirviente o dependiente. Se afirma que es recomendable la opción del 1193 CC porque la víctima no debe demostrar culpa, en tanto que en el 1191 CC deberá demostrar la culpa del dependiente[340]. Durante un tiempo se pensó en combinarlas, pero luego se admitió que un dependiente jamás puede ser guardián porque la relación de subordinación y dependencia es incompatible con poderes de uso, control y dirección del guardián. El caso de que el dueño sea guardián ocurre en la generalidad de los casos. La víctima puede escoger entre demandar al dueño o principal en su carácter de guardián (CC, 1193) o demandarlo como dueño o principal (CC, 1191)[341].

4.3.4. *Ruina de un edificio*[342]

Dispone el art. 1194 del CC: "*El propietario de un edificio o de cualquiera otra construcción arraigada al suelo, es responsable del daño causado por la ruina de éstos, a menos que pruebe que la ruina no ha ocurrido por falta de reparaciones o por vicios en la construcción*".

La norma es tomada también del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones en 1942, aplica a la responsabilidad extracontractual (no contractual) frente a terceros. Se trata de una responsabilidad real ligada a "*propieta-*

---

337 MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, pp. 166-192; MADURO LUYANDO, *Curso*..., pp. 675 y 676; Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 2-4-12, Exp. KP02-V-2007-004150 http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/2481-2-KP02-V-2007-004150-198-2012.HTML.

338 Véase: TSJ/SPA (Accidental), Sent. Nº 02132 de 16-11-04, "en materia de responsabilidad del estado, hace suya las reglas del derecho común consagradas en el artículo 1193 del Código Civil; TSJ/SPA, Sent. 670 del 9-5-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/00670-9507-2007-2004-0532.html "...se evidencia la ausencia de las causales eximentes de responsabilidad señaladas en el artículo 1.193 del Código Civil, debe la Sala declarar la responsabilidad de la empresa Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE) por los daños morales... con ocasión de la caída de un cable eléctrico como consecuencia de la falta de mantenimiento..."; TSJ/SPA, Sent. 722 de 27-5-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00722-27509-2009-2004-0330.html.

339 TSJ/SPA, Sent. 409 del 2-4-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/abril/00409-2408-2008-2000-0727.html.

340 MADURO LUYANDO, *Curso*..., pp. 677 y 678.

341 *Ibid.*, pp. 676 y 677.

342 Véase: MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, pp. 193-230; MADURO LUYANDO, *Curso*..., pp. 692-700; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 74-79; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 689-699; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 99 y 100; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 621 y 622; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 355 y 356; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196*..., pp. 279-346; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 420 y ss.; SANOJO, *ob. cit.*, p. 59; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 199-201.

rios" del edificio, quien es la persona responsable[343], esto es, responde es el "*propietario*" y no el guardián[344]. Sin perjuicio que el propietario pueda a través de una acción de regreso hacer recaer en otra persona lo que ha sido obligado a pagar a la víctima[345]. Así como la víctima podría dirigirse a otra persona a la que pueda imputar culpa de la pérdida del edificio sí puede sustentar una violación basada en el artículo 1185 del CC[346].

Se señala que se trata de una responsabilidad extracontractual que solo tiene efectos contra terceros. Por lo que no comprende responsabilidad de tipo contractual contra el propietario, como sería el caso del arrendatario[347]. Así como también se diferencia de la responsabilidad del arquitecto y del empresario (art. 1637[348] CC).

La norma no se refiere únicamente a "edificio" sino que abarca un campo más amplio, es decir, cualquier construcción arraigada al suelo, siguiendo la tendencia de otras legislaciones[349], tales como portales, diques, monumentales, puertas, muros, etc., pero no a un poste o una empalizada simplemente clavada en la tierra, en cuanto no constituyen construcciones[350]. Mélich se pregunta si la norma resultaría aplicable a la obra en construcción a propósito de la caída del Puente Sucre durante la construcción de la Avenida de las Fuerzas Armadas[351]. En todo caso se acepta acertadamente que la norma no ha de entenderse como que la responsabilidad del propietario excluya necesariamente cualquier otra responsabilidad[352].

Finalmente, se indica que cinco son los supuestos de hecho que debe comprobar la víctima demandante para invocar con éxito el artículo 1194

---

343 Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, pp. 205 y 206; Maduro Luyando, *Curso...*, p. 693. La responsabilidad es de carácter real, en el sentido de que está indisolublemente ligada a la propiedad del edificio, por lo que el propietario responde aun cuando no tenga la posesión.

344 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 693; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 74, aplica al propietario y no al guardián.

345 Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, p. 209.

346 *Ibid.*, p. 210.

347 Maduro Luyando, *Curso...*, p. 693.

348 Véase: Corsi, Luis: *La recepción de la "obra pública" y la responsabilidad decenal.* En: Revista de Derecho Público Nº 9, 1982, pp. 61-66, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/9/rdpub_1982_9_61-66.pdf ; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda, Sent. 15-2-11, Exp. 11652 http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/102-15-11.652-.html.

349 Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, p. 214.

350 *Ibid.*, p. 218; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 77, aunque no estuvieren construidos.

351 Véase: Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos*... T. II, p. 219, mientras se colocaba el concreto, la obra cedió acarreando la ruina de parte considerable de la obra y la pérdida de la vida y salud de algunos obreros. Si bien se consideró aplicable las regulaciones de la Ley del Trabajo y seguro social, la norma hace responsable al propietario que era la Municipalidad del Distrito Federal. Con base al Derecho común las víctimas podrían reclamar la plena indemnización que no le fue cubiertas por las citadas leyes especiales.

352 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 77, por ejemplo la relativa al artículo 1193 en que la guarda del edificio esté a cargo de otra persona distinta al propietario.

CC, a saber, que el demandado es el propietario (1), del edificio o construcción arraigada al suelo (2) cuya ruina (3) le causó (4) el daño (5). De lo que se concluye que la ruina se debe a falta o vicios de la construcción y que el propietario es el responsable de estas faltas que dieron origen a la ruina[353]. Mélich acertadamente acepta la posibilidad de exonerar de responsabilidad al propietario por causa extraña no imputable, como caso fortuito, hecho de la víctima o del tercero, aun cuando no hayan sido mencionados expresamente por la norma[354].

Para Ochoa Gómez la norma "no crea una responsabilidad objetiva o una responsabilidad basada en el riesgo" pues el propietario no es responsable, sino en la hipótesis de que la ruina causa del daño resulte "por falta de reparación o por vicios en la construcción"[355]. Señala el autor que no establece la norma una presunción de culpa contra el propietario quien es responsable del daño causado por ruina de edificio, pues sobre la víctima recae el peso de la carga de la prueba, debiendo probar la falta de reparación o los vicios en la construcción. El propietario para exonerarse deberá probar la causa extraña no imputable[356]. El propio autor admite que la exoneración del propietario tiene lugar mediante la prueba de la causa extraña no imputable. A ello se refiere la norma cuando indica "*a menos que pruebe que la ruina no ha ocurrido por falta de reparaciones o por vicios en la construcción*". Por lo que la norma sí parece presentarse como un caso de responsabilidad objetiva pues la exoneración no está asociada a la culpa sino a la relación de causalidad.

De allí que refiere acertadamente Bernad que en el caso concreto se ha acudido "a la noción objetiva del riesgo-provecho para tratar de explicar y justificar la responsabilidad del propietario del edificio o construcción, toda vez que es él quien se beneficia de dicho derecho y por tal ha de soportar los riesgos. De allí que la presunción de culpa del propietario es *iure et de iure*, en tanto que la presunción de causalidad es *iuris tantum*[357], pues como es natural puede probarse causa extraña no imputable[358]. Recordemos que

[353] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, pp. 223 y 224.

[354] *Ibid.*, pp. 228 y 229; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II.

[355] OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 693. Véase también: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 89, el CC establece una presunción de culpa, pues se presume que el propietario se ha descuidado en la construcción o en las reparaciones que debía haber hecho. Y tal presunción se destruye si el propietario puede probar que la ruina no obedeció ni a vicio de la construcción ni a falta de reparaciones.

[356] OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 698 y 699.

[357] BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 75 y 76, respecto de la falta de reparación o vicios en la construcción no puede alegar que carecía de los poderes de vigilancia; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, p. 225 y 199, el CC venezolano siguiendo el proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y el CC italiano de 1942 ha consagrado el carácter absoluto de la presunción que pesa sobre el propietario en caso de que la ruina del edificio se deba falta de reparaciones o vicios en la construcción; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 699, se trata de una presunción absoluta, *iuris et de iure*, es decir, irrefragable. No puede liberarse sino probando causa extraña no imputable.

[358] MADURO LUYANDO, *Curso...*, p. 700.

la posibilidad de romper la relación de causalidad con la prueba de la causa extraña no imputable no desvirtúa el carácter objetivo de la responsabilidad.

4.3.5. *Incendio*[359] *(retorno a la responsabilidad civil ordinaria)*

Indica el CC, art. 1193, 2do párrafo: "*Quien detenta, por cualquier título, todo o parte de un inmueble, o bienes muebles, en los cuales se inicia un incendio, no es responsable, respecto a terceros, de los daños causados, a menos que se demuestre que el incendio se debió a su falta o al hecho de personas por cuyas faltas es responsable*".

Esta responsabilidad inspirada también en el Proyecto Franco-italiano de las Obligaciones que a su vez lo tomaron de la Ley francesa, no obstante su ubicación sistemática, se rige por la responsabilidad civil ordinaria en que debe probarse la culpa, por lo que constituye una excepción a las responsabilidades especiales o complejas[360]. Ello se evidencia de la redacción de la norma que impone respecto de los daños causados a "terceros", la prueba de que el incendio "*se debió a su falta o al hecho de personas por cuyas faltas es responsable*".

Es civilmente responsable quien "detente" por cualquier título todo o parte de un inmueble o de bienes muebles en los que se inicie el incendio[361]. Se afirma que la expresión alude al "guardián"[362].

La disposición aplica frente a "terceros" y no cuando medie un contrato (por ejemplo arrendamiento o comodato)[363]. Es decir, la víctima deberá ser un *tercero* toda vez que se está en sede extracontractual[364].

Se indica que en caso de incendio el CC acepta una tesis en principio totalmente opuesta a la consagrada en el daño causado por cosas. Sin que exista una razón de peso que diferencia por ejemplo un incendio de un daño causado por un vehículo. Tal vez la razón a decir de la doctrina sea de carácter económica, a saber, los intereses de las compañías aseguradoras[365]. Pues se reseña que el CC francés presumía la culpa en caso de incendio,

---

[359] *Ibid.*, pp. 700-703; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 71-74; Palacios Herrera, *ob. cit.*, pp. 97-100; Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 356; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 199-201.

[360] Véase: Maduro Luyando, *Curso...*, p. 700; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 71, estamos en presencia de una excepción a la regla general de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por cosas. Es decir, si se considera que las responsabilidades complejas constituyen una excepción a la responsabilidad ordinaria, este supuesto supone un retorno a ésta. Toda vez que la víctima debe probar los extremos del hecho ilícito.

[361] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 72.

[362] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 702, si bien el guardián no es el detentador *latu sensu* de la cosa, pues se puede ser guardián sin poseer la tenencia material de la cosa, la interpretación correcta del segundo párrafo del artículo 1193 radica en tener en cuenta que dicho texto legal persigue como finalidad sustraer a los guardianes de la presunción del artículo 1193 del CC y por lo tanto se aplica a todos los guardianes. Sin embargo, la expresión no ha dejado de ser criticada por algunos autores por equivoca, pues a primera vista pareciera excluir al guardián *strictu sensu* de la cosa.

[363] *Ibid.*, p. 701.

[364] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 73.

[365] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 97.

pero luego del famoso caso de las resinas, las compañías obtuvieron en 1922 en Francia un retorno a la responsabilidad ordinaria[366].

Entre las condiciones de la responsabilidad se ubica que:

a. *El incendio supone la existencia de fuego pero debe tratarse de un fuego destructivo.* Por ejemplo, no procede por cosa incendiada por chispas de locomotora que no destruye. Allí aplicaría en todo caso la guarda de la cosa (1er aparte 1193) al propietario de la locomotora.

b. *El incendio debe iniciarse en la cosa por sus solas circunstancias fácticas. Se* excluye así, casos de incendios que no se originan en las cosa por sí solas sino que provienen de un hecho manifiestamente distinto. Por ejemplo, el incendio ocasionado por una explosión, por el lanzamiento de un cohete o según se indicó por chispas de una locomotora, en cuyo caso lo que procede igualmente es demandar al guardián de la cosa que provocó el incendio (conforme a la responsabilidad especial por cosas consagrada en el artículo 1193 CC[367]). La explosión por ejemplo no es un incendio pues es una combustión súbita que se produce y termina instantáneamente. El incendio es una combustión lenta.[368]

---

[366] *Ibid.,* pp. 97 y 98; Maduro Luyando, *Curso...,* p. 701.

[367] Maduro Luyando, *Curso...,* p p. y 702 703; Bernad Mainar, *ob. cit.,* T. IV, p. 73.

[368] Palacios Herrera, *ob. cit.,* p. 98.

TEMA 25
El Abuso del Derecho[1]

SUMARIO: *1. Noción 2. Naturaleza 3. Criterios 4. Requisitos 5. Efectos*

1. Noción

Dispone el art. 1185 del CC luego de referirse al hecho ilícito: "*...Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*".

La doctrina refiere que la teoría del abuso de derecho estudia la posibilidad de que una persona incurra en responsabilidad civil al causar un daño a otro en el ejercicio de un derecho subjetivo[2]. Supone un acto realizado en ejercicio de un derecho que cause un daño por convertirse en antisocial, irregular o anormal, al transgredir su ejercicio[3]. A lo que habría que agregar para ser consecuente con su denominación que dicho ejercicio debe ser "*abusivo*".

Consagrado por primera vez en el CC de 1942 por inspiración del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, parece perfilarse como una fuente autónoma de las obligaciones, aunque para algunos constituye un

---

[1] Véase: Arraiz, Rafael Clemente: *Contribución al estudio del abuso de derecho.* En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo I, pp. 153-212; Pittier, Emilio: *El abuso de derecho.* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos Nº 23, 2007, pp. 561-604; Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto: *Procedencia en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal.* En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, TSJ, 2004, T. II, pp. 639-723; Oscar, Ochoa: *Ausencia de abuso de derecho en el ejercicio de un derecho contractual.* En: Revista de Derecho Mercantil Nº 7-8, enero-diciembre 1989, pp. 315-356; Mélich Orsini, José: *El abuso del derecho en el proceso.* En: Liber Amicorum Homenaje a la Obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pp. 573-599; González Baquero, J.R.: *La recepción del principio del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico venezolano.* Valencia, Universidad de Carabobo, 1976; *Código Civil de Venezuela. Artículo 1.185...*, pp. 480-574; Maduro Luyando, *Curso...*, pp. 709-716; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 101-114; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 38 y 39; Ramírez, *ob. cit.*, pp. 203-206; Soto Coaguila, *La libertad...*, pp. 345-347; Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos)*, *www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/16/.../dtr1.pdf*; Casadío Martínez, Claudio: El abuso de derecho y su inclusión en el Código Civil y Comercio unificado*, febrero 2012, http://aldiaargentina.microjuris.com/201302/28/el-**abuso-de-derecho**-y-su-inclusion-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-unificado*; Rengifo García, Ernesto: *El abuso del derecho,* www.garridorengifo.com/.../doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf; Moisset de Espanés, Luis: *El abuso del derecho.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-25, www.acaderc.org.ar (del mismo y en la misma página electrónica: *Introducción al abuso de derecho,* pp. 1-30); Novillo Saravia, Lisardo: *El abuso de derecho,* pp. 1-5, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar; Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 251-289; Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 279-305; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 220-226.

[2] Pittier Sucre, *El abuso...*, p. 567.

[3] Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, pp. 682 y 683.

caso particular de responsabilidad por hecho ilícito, o de responsabilidad civil ordinaria[4].

Indica una decisión judicial que "se puede definir el abuso del derecho como la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y al fin que persigue su otorgamiento. Debe tenerse en cuenta que el elemento principal que permite la determinación del abuso del derecho es la realización de la conducta ilegítima dentro de los parámetros objetivos de una facultad. Es precisamente, esta característica la que permite diferenciar el abuso del derecho de las otras modalidades de actos ilícitos. La titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y a los fines del proceso"[5].

Se discute como se puede dañar en ejercicio de un derecho pero el clásico ejemplo es el caso Doerr, en que se condenó a un ciudadano a demoler una enorme chimenea de adorno sin utilidad alguna que había levantado oscureciendo la propiedad de su vecino[6]. También se cita el caso Clemente Bayard, resuelto por la Corte de Casación Francesa el 3 de agosto de 1915, referido al propietario de un inmueble que para constreñir al dueño de un campo vecino, donde aterrizaban dirigibles, a comprarle su finca en un precio exagerado, edificó inmensas empalizadas terminadas en punta de hierro, que constituían gran peligro para los dirigibles. La Corte decidió que tales empalizadas no tenían utilidad alguna para el propietario constituyendo un abuso de derecho por lo que ordenó su demolición[7].

Se afirma entonces que la responsabilidad delictual civil no sólo proviene de hechos u omisiones que cometidos con dolo o culpa dañan a otro sino también puede derivar del "ejercicio de un derecho" cuando el mismo es "abusivo" y causa daño. De allí que el abuso de derecho sea fuente de responsabilidad civil[8], pues se afirma que se trata de un correctivo indispensable del derecho subjetivo para conciliar los derechos individuales con los de la colectividad[9]. Se trata del ejercicio de un derecho que lo desvirtúa y lo niega, al punto que constituye una acción antijurídica[10].

La noción de «ejercicio abusivo de un derecho» es amplia, difusa e imprecisa, llegándose a sostener que se trata de «norma válvula» o «de

---

[4] Véase: Maduro Luyando, *Curso...*, p. 714; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, pp. 38 y 39, figura discutida entre los autores.

[5] Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11 ASUNTO: BP02-V-2009-001268 http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BP02-V-2009-001268-.html.

[6] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 710; Rodríguez Ferrara, *ob. cit.*, p. 39.

[7] Pittier Sucre, *El abuso...*, p. 571.

[8] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 251.

[9] Arraiz, *ob. cit.*, p. 155.

[10] Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, pp. 220 y 221.

goma», habiendo sido delimitado su alcance por la labor de los tribunales y la doctrina de las últimas décadas, que han desplegado una ardua tarea tendiente a la «purificación del concepto»[11]. La formulación de la teoría del abuso de derecho fue seguida por una abundancia de trabajos doctrinales sobre la materia: su necesidad social y su imprecisión jurídica constituyeron el campo apropiado para la rapidez de su desarrollo. Si en sus comienzos empezó aplicándose tímidamente al desarrollo de la propiedad, en la actualidad se extiende a la casi totalidad del Derecho Privado[12].

La teoría de la relatividad de los derechos subjetivos fue acogida por la Corte Suprema de Justicia colombiana en la segunda mitad de los años treinta del siglo pasado, con base a la idea de que los derechos deben ejercitarse con prudencia, si no es así, su uso o ejercicio puede generar responsabilidad para su titular[13]. No ha faltado la crítica a la denominación aduciendo que un mismo acto no puede ser al mismo tiempo conforme y contrario a derecho, pero la expresión generalmente ha sido admitida[14].

2. Naturaleza

La doctrina discute si se trata de una fuente autónoma de las obligaciones o es una proyección del hecho ilícito. Se dice que surge como fenómeno político-cultural, como resultado del conflicto de derechos o como una manifestación del hecho ilícito[15].

Refiere Pittier que para constituir una fuente autónoma tendría que tener elementos y consecuencias distintas a las otras fuentes de las Obligaciones, siendo que para que se configure bastan los mismos elementos relativos a la responsabilidad civil en general entre los que se incluye la culpa. Pues aunque con dinámica distinta a la culpa nadie ha pretendido que la responsabilidad por hecho ajeno o por cosas sea una fuente autónoma sino un caso de responsabilidad objetiva[16]. Por lo que para el autor el abuso del derecho supone una extensión del concepto clásico de culpa, pues el artículo 1185 del CC contiene dos supuestos de responsabilidad extracontractual: por hecho ilícito y por otra parte el abuso de derecho. Sin embargo el autor concluye que “estos dos supuestos están comprendidos en un concepto amplio de culpa y en consecuencia, en ambas situaciones nos encontramos frente a un hecho ilícito”[17].

---

[11] Casadío Martínez, *ob. cit.*

[12] Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, p. 33, habiendo surgido paralelamente a la teoría civilista del abuso de derecho, la teoría administrativa de la desviación de poder.

[13] Rengifo García, *ob. cit.*, “La figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico-culturales del Código de Napoleón, esto es, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos y de manera particular el de propiedad”.

[14] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 254 y 255.

[15] Véase: Arraiz, *ob. cit.*, pp. 159-166.

[16] Pittier Sucre, *El abuso...*, p. 603.

[17] *Ibid.*, p. 604.

Urdaneta Sandoval refiere que la doctrina extranjera ha visto la naturaleza jurídica de la figura como un acto ilícito específico o *sui generis*, es decir, un acto ilícito abusivo. No obstante concluye el autor acertadamente que en nuestro ordenamiento se debe considerar el ejercicio abusivo de los derechos como una fuente autónoma de las obligaciones, que va desarrollando por vía jurisprudencial sus caracteres propios[18]. En el mismo sentido, Bernad indica que la mayoría de la doctrina tiende a ubicarlo como fuente autónoma desligada del mero hecho ilícito siendo que su ubicación en la sección del hecho ilícito "no desdice su jerarquía como fuente autónoma de las obligaciones" pues la expresión utilizada por el legislador ("*debe igualmente reparación*") denota que se está ante un figura diferente a la que precede que es el hecho ilícito[19]. Modernamente se considera que el uso de un derecho puede configurar "un abuso", pues los derechos casi nunca son absolutos y la mayoría son limitados en su extensión[20].

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la autonomía de la figura: "Haciendo una apreciación integral del artículo anteriormente citado, se contemplan dos situaciones completamente distintas y naturalmente se fijan los elementos que diferencian la una de la otra. El primer parágrafo del artículo corresponde a una de esas situaciones en la que se trata de probar que el daño causado fue producto de un hecho intencional, negligente o imprudente de otro, lo cual pareciera sencillo y hasta elemental. En cambio, el segundo caso ...presenta una situación grave y hasta complicada que representa un delicado y complejo problema jurídico, el cual se refiere a "precisar cuándo se ha hecho uso racional de un derecho, y cuando se ha abusado del mismo" o cuando el ejercicio de ese derecho excede "los límites fijados por la buena fe o por el objeto por el cual ha sido conferido ese derecho." Por lo tanto, el artículo 1.185 del Código Civil, contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: cuando se procede sin ningún derecho y cuando se abusa del derecho"[21].

Adherimos a la tesis que ve la figura del abuso de derecho como una institución autónoma, porque si bien ciertamente comparte caracteres comunes como el daño y la relación de causalidad con el hecho ilícito, dadas sus particularidades presenta aspectos propios[22]. Y se concluye acertadamente "si en realidad la teoría del "abuso del derecho" se redujese a contemplar hipótesis especiales de obrar ilícito, no sería necesaria ninguna

[18] Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, pp. 684 y 685.

[19] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 113.

[20] Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 788.

[21] Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 0363 del 16-11-01 www.tsj.gov.ve/decisiones/.../RC-0363-161101-00132-00223.htm CEDEL MERCADO DE CAPITALES C.A contra MICROSOFT CORPORATION; TSJ/SCC, Sent. Nº 122 del 26-4-00, *www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/122-260400-99%20928.HTML*; TSJ/SCC, Sent. Nº 240 del 30-4-02.

[22] Como bien refiere la jurisprudencia citada la sola circunstancia de que supone un excederse a un derecho, lo diferencia radicalmente del hecho ilícito que implica actuar sin derecho. De allí que lo ubiquemos en un tema aparte.

norma nueva para reprimir esas conductas, ya que los actos ilícitos están sancionados de manera genérica y tales previsiones deberían bastar"[23]. El asunto pareciera superar el interés meramente teórico pues por ejemplo, sostener que la figura no precisa la concurrencia de la culpa o intención dada su autonomía, es relevante desde la perspectiva de la carga probatoria del demandante.

3. Criterios

Constituye asunto importante precisar los criterios que determinarían la existencia de la figura. Entre los que se ha indicado: el criterio intencional[24], la ausencia de interés[25], el criterio técnico o de la culpa[26], el criterio objetivo, funcional o de la finalidad del derecho subjetivo[27], el criterio económico[28], finalista-social o de derecho-función[29].

Se afirma que nuestro legislador en la norma de la segunda parte del 1185 CC que consagra la institución asumió un criterio mixto entre un criterio "*intencional*" cuando refiere que no debe excederse los límites de la buena fe y un criterio "*finalista*", esto es función del objeto para el cual ha sido conferido[30].

---

[23] Moisset de Espanés, *Introducción...*, p. 3.

[24] Véase: Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 263-266; Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, p. 585; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 109; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 106 107, cuando una persona ejerce un derecho con la intención de causarle un daño a otro.

[25] Véase: Moisset de Espanés, *Introducción...*, p. 8, la inexistencia de utilidad para el titular del derecho es de carácter muy amplio, y comprende cualquier tipo de beneficio que pudiese obtener con el ejercicio de sus derechos. La apreciación de este elemento es subjetiva, pues se vincula con la valorización personal que el titular del derecho efectúa respecto del provecho que el acto le procura.

[26] Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, p. 676, el criterio técnico caracterizado por ir más allá de la mera culpa intencional o dolo; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 107, sostiene que abusa de derecho quien causa un daño culposamente pero tal concepción tiende a confundir la figura con el acto ilícito. De seguir este criterio no sería preciso una norma jurídica expresa para contemplar la figura, sino que bastaría la existencia del principio genérico de responsabilidad civil por hecho ilícito.

[27] Véase: Pittier Sucre, *El abuso...*, pp. 580-588; Arraiz, *ob. cit.*, p. 172, se alude al criterio subjetivo o intencional de dañar o al objetivo de un ejercicio anormal del derecho contrario a los fines; Rodríguez-Arias Bustamante, *ob. cit.*, pp. 36-44, la tesis objetiva apunta a la función de los derechos y la subjetiva a investigar si la conducta del agente ha respondido a un motivo legítimo; Casadío Martínez, *ob. cit.*; Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 296-301; Bejarano Sánchez, *ob. cit.*, p. 2230; Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, pp. 687 y 688.

[28] Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, p. 687, el abuso reside en el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 108, la ausencia de un beneficio económico pero más que un criterio constituye una manera de determinar el móvil.

[29] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 108 y 109, sostiene que los derechos han de ejercitarse conforme a la finalidad social que el Derecho objetivo le confiere. Quien contraviene dicha finalidad abusa de su ejercicio. Véase también: Arraiz, *ob. cit.,* p. 177; Planiol y Ripert, ob. cit., pp. 789 y 790.

[30] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 114; Zambrano, Freddy, *ob. cit.*, pp. 160 y 161; Moisett de Espanés, *Introducción...*, p. 5, dos son principalmente, las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar "subjetivos" que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo "objetivo", atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BP02-

"En líneas generales podemos sostener que habrá abuso de derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó, es decir, que estamos ante un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo o, dicho de otro modo, frente a una conducta que parece congruente con la norma de derecho, que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito"[31]. Los derechos son facultades que otorga la ley pero no para ser utilizados al antojo del sujeto sino para ciertos fines; quien prescinde de éstos y los usa en otros diversos, desviándolos de su misión social, causando un daño a otro; abusa de ellos y debe indemnizarlo[32]. Por lo que debe distinguirse de la "carencia de derecho"[33].

El éxito de su teoría es muy explicable si se considera que ella tiende a moralizar el Derecho[34], a humanizarlo, poniéndolo en armonía con la realidad[35]. Vale indicar que si bien algunos pretenden resaltar el aspecto intencional o culposo, otros señalan acertadamente que éste no es estrictamente necesario en la figura que nos ocupa[36]. La redacción de la norma del artículo 1185 CC lo confirma cuando al referir la tesis mixta distingue dos opciones: exceder los límites fijados por la buena o por el objeto en vista del cual fue conferido ese derecho. Obsérvese que el último supuesto es inclusive ajeno a la idea de intención o mala fe.

La doctrina ofrece diversos ejemplos o "aplicaciones"[37] de la figura. Pittier coloca ejemplos de abuso de derecho en materia de derecho de propiedad, del ejercicio de los recursos judiciales[38] (cuando se tienen otras alternativas

V-2009-001268 http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BP02-V-2009-001268-.html Se distingue las posiciones subjetivista, objetiva y mixta.

[31] Casadío Martínez, *ob. cit.*

[32] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 252.

[33] *Ibid.*, p. 259, el propietario que invade un terreno ajeno no abusa de su derecho sino que obra lisa y llanamente fuera de él.

[34] Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, p. 684, la función del abuso de derecho estriba en que es uno de los factores más importantes de la moralización del Derecho.

[35] Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 256.

[36] Moisset de Espanés, *El abuso del derecho*...p. 17, no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo, como muy bien lo expresaba en un voto el doctor Cichero, quien luego de recordar que uno de los supuestos de abuso del derecho es su ejercicio en contradicción con los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo.

[37] Véase: Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 273-289, entre las que cita: abuso del derecho de dominio, daños derivados de la vecindad, abuso de acciones judiciales y de recursos legales, denuncias o querellas criminales falsas o infundadas, denuncias infundadas ante particulares u otras autoridades diversas de las judiciales, abuso de la libertad de opinión, consejos o informes privados, opiniones emitidas con publicidad, abuso del derecho de huelga; Peirano Facio, *ob. cit.*, pp. 301-305.

[38] Véase indicando acertadamente que el ejercicio de acciones judiciales por sí mismo no supone abuso de derecho: TSJ/SCC, Sent. Nº 434 del 15-11-02, http://www.**tsj**.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-0434-151102-01795.html; TSJ/SCC, Sent Nº 101 del 28-2-08; TSJ/SCC, Sent. Nº 000506 del 7-8-15, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180571-RC.000506-7815-2015-15-185.HTML; Juzgado

que perjudican en menor grado), en materia del derecho del trabajo, derecho societario, en materia contractual bien sea en la etapa precontractual o durante la ejecución del contrato[39].

Por su parte, Arraiz refiere el caso del ejercicio abusivo de la acción, el ejercicio anormal de un derecho e inclusivo abusivo. Señala así entre los derechos susceptibles de abuso entre otros: la propiedad, el usufructo, las vías de derechos como las acciones[40], las potestades (patria potestad, responsabilidad de crianza, educación), las libertades, el comercio, la huelga, los contratos (como el de trabajo, mandato, compraventa y sociedad)[41]. Al ejemplo del propietario que sin utilidad construye un techo enorme, se le suma el padre que invocando su autoridad paterna prohíbe por mero capricho a sus hijos el visitar a sus abuelos[42].

4. Requisitos o condiciones

La doctrina refiere las condiciones o requisitos del abuso de derecho:

1. Es necesario un *daño* material o moral[43] experimentado por la víctima y causado por el autor del acto abusivo.
2. Es necesario un acto abusivo de un derecho por parte de su titular. Que según indica la norma haya excedido en su ejercicio los límites de la “buena fe” o por el “objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”. Podrán considerarse los criterios relativos a la naturaleza interna del abuso de derecho.
3. La relación de causalidad entre el acto abusivo y el daño[44].

Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BP02-V-2009-001268 http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BP02-V-2009-001268-.html. Véase también nuestro trabajo: *El daño moral en las personas incorporales...*, pp. 59-63.

[39] Véase: Pittier Sucre, *El abuso...*, pp. 588-590.

[40] Es sumamente discutido el ejercicio de las acciones judiciales con abuso de derecho: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BP02-V-2009-001268 http://anzoategui.**tsj**.gov.ve/.../2011/.../1066-28-BP02-V-2009-001268-.HTML “teniendo la accionante (aquí demandada) un mismo propósito en todas las acciones intentadas contra una misma persona, incurre en exceso, considerado como abuso de derecho, llevando a la accionada por tantos juicios y acciones, a un descrédito, en este sentido, se debe determinar que si existe culpabilidad por parte de la demandada debido al uso excesivo de su derecho al accionar en reiteradas oportunidades contra la demandante con un solo propósito. Así se declara”.

[41] Arraiz, *ob. cit.*, pp. 169-172; Peirano Facio, *ob. cit.*, p. 302.

[42] Véase: Alessandri Rodríguez, *ob. cit.*, p. 253.

[43] TSJ/SCC, Sent. 184 del 30-3-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000184-30312-2012-11-627.html ; Véase dudando de la procedencia del daño moral en el abuso de derecho en el ámbito contractual: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 112. De nuestra parte según indicamos el daño moral es predicable en materia contractual (*supra* tema 10).

[44] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 715; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 111; Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 108; Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, pp. 691 y 692; Zambrano, Freddy, *ob. cit.*, p. 139; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BP02-V-2009-001268 http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BP02-V-2009-001268-.html.

> Obsérvese que propiamente "no exige la culpabilidad", pues el fundamento de la responsabilidad generada por el proceder abusivo es ilícito en sentido objetivo[45] y de allí que se afirma que la figura no precise la culpa[46], lo que corrobora su autonomía como fuente autónoma de las Obligaciones[47]. La necesidad de probar la culpa revelaría la inutilidad del concepto toda vez que encuadraría simplemente en el hecho ilícito[48].

Se requiere precisar los dos supuestos de la norma del artículo 1185 CC: "*exceder los límites fijados por la buena fe*" o "*el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*". Está claro que este último es ajeno a la idea de culpa, a diferencia del primero pues es discutible que no medie culpa cuando no somos capaces de percibir que nuestra actuación aunque constituida en un derecho, excede los límites de la buena fe y propicia un grave perjuicio a un tercero, configurándose un ejercicio "abusivo" del mismo. En todo caso se afirma que exceder los límites de la buena fe, debe ser probado, toda vez que la buena fe se presume[49], pero ello no acontece en el segundo supuesto, a saber, "el objeto en vista del cual le ha sido conferido".

Algunos en la doctrina extranjera entre sus requisitos parecen incluir un equivalente asociado al discernimiento, lo cual encontraría apoyo en nuestro artículo 1186 CC. Así como se refiere que ha de tratarse de un grave daño, ya que no cualquier daño es suficiente para configurar el ejercicio abusivo del derecho: debe ser grave, desproporcionado, anormal y excesivo; de tal magnitud que resulte una injusticia[50].

Ciertamente el carácter discrecional del Juzgador en la interpretación de la figura será fundamental. "El juez, en razón de su tarea que lo pone a diario en contacto con los aspectos patológicos del funcionamiento social, es el primero en advertir el inadecuado uso que se da al dispositivo legal, y -con las armas que le brinda la teoría del abuso- procura poner un correctivo; si lo logra, el cambio social se habrá encauzado por senderos que hacen inne-

---

45 Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, p. 694.

46 Véase citado *supra*: Moisset de Espanés, *El abuso del derecho...*, p. 17.

47 Véase *supra* 2 de este mismo tema: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 107; Moisset de Espanés, *Introducción...*, p.20, "Por nuestra parte, entendemos que si bien es cierto que el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo o la culpa, sino que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por la ley. Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto, es el de brindar un arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulneran los fines perseguidos por la ley.

48 Véase: Zambrano, Freddy, *ob. cit.*, p. 161, p. 23; Moisset de Espanés, *Introducción...*, pp. 23 y 24. Pero, insistimos, no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo.

49 Peirano Facio, *ob. cit.*, p. 301.

50 Véase: Casadío Martínez, *ob. cit.* a. Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal. b. Un uso contrario a los claros fines de la norma. c. La imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario d. debe ser grave.

cesario el cambio legislativo, pues las normas siguen brindando soluciones de justicia. Pero si las prácticas desleales cunden y se multiplican, habrá llegado el momento de que intervenga el legislador para consagrar nuevas fórmulas que atiendan adecuadamente a los problemas que se plantean, y en esa oportunidad le serán útiles todos los precedentes judiciales, que aportarán un cúmulo de experiencias que deberán ser tomadas en consideración por el legislador"[51].

Incumbe a la víctima la prueba de la concurrencia del daño, la causa que la motiva y la relación de causalidad entre el daño y el ejercicio abusivo de un derecho[52].

5. Efectos

La figura produce el efecto de reparar el daño causado, bien sea a través de una reparación en especie o compensatoria[53]. Se afirma que "el hecho ilícito y **el abuso de derecho** son capaces de producir daños, los cuales no son tolerados ni consentidos por el ordenamiento jurídico, motivo por el cual generan responsabilidad civil, en las que están comprendidos tanto los daños materiales como los morales, por disposición del artículo 1.196 del Código Civil"[54].

Su sanción es discutida aunque da derecho a daños y perjuicios. Se afirma que como la teoría del abuso de derecho ha sido desarrolla en una época reciente sus contornos permanecen indecisos[55]. La doctrina señala que la redacción de la norma que lo consagra no es precisamente la más feliz, dada su vaguedad que otorga un gran margen de actuación a la autoridad judicial propiciando la inseguridad jurídica[56], creándose una suerte anarquía porque tal redacción puede llevar que los jueces según su concepción o principios resuelvan en forma distinta[57]. Pero ello sin duda, no es un problema exclusivo de la figura en estudio.

---

[51] Moisset de Espanés, *El abuso del Derecho....y del mismo autor "Introducción...,* p. 5, véase también Rengifo García, *ob. cit.*, "a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario".

[52] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 111.

[53] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 716, algunos pretenden reducir la indemnización a por equivalente a los que se rebate que bien puede acontecer la indemnización en especie, que "en principio" presenta prioridad; Urdaneta Sandoval, *ob. cit.*, p. 694; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 112.

[54] TSJ/SCC, Sent. 184 del 30-3-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000184-30312-2012-11-627.html.

[55] Pierre Tapia, *ob. cit.*, p. 26,

[56] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 114.

[57] Palacios Herrera, *ob. cit.*, p. 110.

TEMA 26
Regímenes Especiales de Responsabilidad Civil[1]

SUMARIO: *1. Generalidades 2. Referencia a la responsabilidad objetiva 3. Responsabilidad civil por tránsito 4. Responsabilidad civil por transporte aéreo*

1. Generalidades

Hemos visto que la responsabilidad civil se asocia a la idea natural de responder patrimonialmente de un daño. Distinguimos la responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento del deudor o de una de las partes del contrato, de la responsabilidad civil extracontractual, expresión que generalmente se asocia a la responsabilidad por "hecho ilícito". A su vez, apreciamos que existe una responsabilidad civil por hecho propio que a nivel general se manifiesta en el artículo 1185 del CC, por contraste con las responsabilidad especiales complejas consagradas en el mismo Código sustantivo que se subdividen a sus vez en responsabilidades complejas por hecho ajeno y en responsabilidad complejas por cosas. Distinguimos en el curso de tales ideas que puede diferenciarse entre responsabilidad subjetiva o por culpa y responsabilidad objetiva o por riesgo, la cual no depende de la culpa del responsable. Finalmente, algunos ubican como fuente autónoma de las obligaciones la figura del abuso de derecho.

Pues bien, vamos a referir muy someramente, algunos sistemas de responsabilidad civil previstos en leyes especiales que difieren en algunos aspectos de las normas consagradas en el Código Civil. Algunos de los cuales apuntan a la tendencia de la responsabilidad objetiva ajena a la idea de culpa.

2. Referencia a la responsabilidad objetiva[2]

La crítica de la doctrina al concepto tradicional de culpa trajo consigo la construcción del modelo objetivo[3]. Según vimos[4], la *responsabilidad objetiva, sin culpa o por riesgo*[5] es aquella en que la responsabilidad –por

---

[1] Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 79-90; MADURO LUYANDO, *Curso...*, pp. 679-690; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, pp. 231-295; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 347-354; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 939-947.

[2] Véase *supra* tema 24.3.1.2; TORRELLES TORREA, Esther: *Fundamentos civiles de la responsabilidad: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.* En: IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 323-359; ROSALES DÍAZ, Wilmer: *Problemas limítrofes entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa. Análisis de la Jurisprudencia venezolana.* En: Revista de Derecho Tributario Nº 125, enero-febrero-marzo 2010, pp. 181-214; DE SOLA, *Un caso...*, pp. 235-260. COMPAGNUCCI DE CASO, *ob. cit.*, pp. 57-71.

[3] Véase: CORSARO, *ob. cit.*, pp. 148-150 y 160-164.

[4] Véase *supra* tema 24.3.1.2.2.

[5] Véase: LASARTE, *Derecho...*, pp. 295-317; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 944 y 945; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 961-970.

oposición al sistema de responsabilidad subjetiva– se genera cuando se es responsable civilmente, no obstante, no haber incurrido en culpa o negligencia alguna[6]. Se aprecia una creciente acogida a supuestos de responsabilidad objetiva dadas las exigencias de la vida moderna que cada vez crea más riesgos[7]. El Derecho interpretando acertadamente la conciencia social, viene multiplicando los casos en que se acoge la responsabilidad objetiva al amparo de quienes sufran daños[8].

Si bien es cierto que las responsabilidades complejas generalmente son de Derecho Común, esto es, previstas en el Código Civil, con el transcurso del tiempo surgen legislaciones especiales que tienden a la protección de determinada categoría de víctimas[9]. De alguna manera la idea que cobija la responsabilidad especial por cosas de naturaleza objetiva encuentra proyección en materia de tránsito y transporte aéreo, propiciando una normativa especial.

En el ordenamiento venezolano se aprecian regímenes especiales de responsabilidad objetiva en algunas materias como **TRÁNSITO**, **TRANSPORTE AÉREO**[10]**,** y **LABORAL**[11]. Vamos a referirnos a las dos primeras. En España se incluye la responsabilidad por energía nuclear, por caza y daño ambiental por la importancia del medio en que el hombre vive[12].

3. Responsabilidad civil por tránsito[13]

3.1 *Generalidades y fundamento*

Vimos que la responsabilidad objetiva puede presentarse en materia contractual o extracontractual, toda vez que se erige –para algunos- como una fuente autónoma de las obligaciones.

6 Lasarte, *Derecho...,* p. 296.

7 Véase *supra* tema 1.7.11.1.

8 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 940.

9 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 701, el autor cita como ejemplos la legislación de tránsito, aviación y consumo.

10 Véase: Garrido Lingg, Álvaro: *Notas sobre el marco regulatorio del sistema de transporte terrestre y aéreo en Venezuela.* En: Revista de Derecho Administrativo Nº 15, Caracas, 2002, pp. 47-101.

11 Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 160-166; TSJ/SCS, Sent. Nº 116 de 17-5-00; TSJ/SCS, Sent. Nº 0086 del 7-12-14, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/160987-0086-7214-2014-12-747.HTML.

12 Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. III, pp. 77-109; Bustamante Alsina, *ob. cit.*, T. IV, pp. 83-155; Ossorio Serrano, *ob. cit.*, pp. 153-160.

13 Véase: Henríquez La Roche, Ricardo: *Derecho de Tránsito (según la Ley de Tránsito terrestre de 1996).* Caracas, Fundación ProJusticia, 1997; Núñez Alcántara, Edgar Darío y Víctor Genaro Jansen Ramírez: *Manual de Derecho de Transporte Terrestre.* Valencia, Vadell Hermanos Editores, 3ª edic., 2010; Núñez Alcántara, Edgar Darío: *El daño y la responsabilidad civil derivada del accidente de tránsito. Caso Venezuela.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 3, 2007, pp. 51-92, http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/3-2007/art%202.pdf ; Kummerow, Gert: *La obligación de indemnizar normada en la Ley de Tránsito Terrestre venezolana.* En: Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 255-334; Carnevali de Camacho, Magaly. *Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito.* Mérida, Ediciones de la Universidad de los Andes, 1988; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Responsabilidad civil, seguro y accidentes de tránsito.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 73, Universidad Central de Venezuela, 1989, pp. 13-37, www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../rucv_1989_73_13-37.pdf;

El notable incremento del tránsito terrestre se proyecta en la frecuencia de los accidentes con ocasión de estos, ante lo cual se hizo imperativa una regulación autónoma de la responsabilidad civil especial.

La responsabilidad civil por accidente de tránsito constituye una de las principales fuentes de la responsabilidad civil extracontractual[14]. Sus antecedentes legislativos en Venezuela son de antigua data como una derivación de la guarda de cosas[15].

"La responsabilidad derivada de un accidente de tránsito es de naturaleza objetiva[16], es decir, que la persona responsable del accidente se obliga a reparar el daño aunque no incurra en culpa, pues tal responsabilidad se funda en una presunción de culpa absoluta e irrefragable (*iuris et de iure*) contra la persona del conductor y del propietario"[17]. Su consagración responde al hecho incontestable que suponía el peligro que para la colectividad implicaba la difusión del vehículo motor como medio de transporte y la necesidad de asegurar a las víctimas una efectiva indemnización[18]. Si la persona que crea el riesgo obtiene una ventaja de la actividad riesgosa, su responsabilidad es la contrapartida de dicha ventaja[19].

El sujeto que se sirve de un vehículo hace correr un riesgo a las demás personas, por ello la ley lo obliga a indemnizar sin permitirle probar que no ha incurrido en culpa[20]. Por lo que la víctima no debe probar la culpa del conductor del vehículo porque ésta se presume[21], le basta probar que el daño le fue ocasionado por un vehículo en circulación, para tener derecho

---

Maduro Luyando, *Curso...*, pp. 681-685; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 79-85; Mélich Orsini, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, pp. 231-266; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 701-708; Calvo Baca, *ob. cit.*, pp. 347-350; Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 394-414; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *ob. cit.*, pp. 952-959.

[14] Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 26-5-10, Exp. KP02-T-2009-000023, http://lara.tsj.gov.ve/DECISIONES/.../652-26-KP02-T-2009-000023-.HTML.

[15] Véase: Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 701-708; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 80.

[16] Torrelles Torrea, *ob. cit.*, 352, dado que el responsable se obliga a reparar el daño causado aunque no incurra en culpa; Maduro Luyando, *Curso...*, pp. 682 y 683; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 27-4-06, Exp. KP02-T-2005-000101, http:*//jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/652-27-KP02-T-2005-000101-.html* "En la materia especial de tránsito, existe lo que doctrina especializada ha dado en llamar "la responsabilidad objetiva", lo que viene a implicar en el caso de marras, que las personas civilmente responsables lo son aún y cuando no hubiere culpa de parte del autor material del hecho".

[17] AMCS7CMT, Jurisprudencia Oscar Pierre Tapia, Abril 1997, Sent., 29-4-97, p. 407; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p 84, la regulación especial instaura una presunción de culpa absoluta –*iuris et de iure*–.

[18] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 79 y 80.

[19] Acedo Sucre, *Responsabilidad civil...*, p. 16.

[20] *Idem.*

[21] Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, p. 396.

a una indemnización del conductor o del propietario. De nada servirá a éstos probar que el accidente no fue por su culpa[22].

Y así en materia de tránsito se produce una inversión de la carga de la prueba: al peatón le bastará acreditar que ha sido atropellado con vistas a su resarcimiento, ya que realmente quien ha originado la situación de riesgo de atropello (haya cumplido o no las normas de circulación) es el automovilista[23]. Su regulación es objeto de una ley especial, a saber, la Ley de Transporte Terrestre[24].

3.2 *Responsables*

El artículo 192 de la Ley de Transporte Terrestre dispone: "*El conductor o la conductora, o el propietario o la propietaria del vehículo y su empresa aseguradora, están solidariamente obligados u obligadas a reparar todo daño que se cause con motivo de la circulación del vehículo*[25]*, a menos que se pruebe que el daño proviene de un hecho de la víctima, o de un tercero que haga inevitable el daño; o que el accidente se hubiese producido por caso fortuito o fuerza mayor. Cuando el hecho de la víctima o del tercero haya contribuido a causar el daño, se aplicará lo establecido en el Código Civil. En caso de colisión entre vehículos, se presume, salvo prueba en contrario, que los conductores o las conductoras tienen igual responsabilidad civil por los daños causados*".

En primer término la norma obliga a reparar "*todo daño*", a diferencia de la ley anterior que aludía únicamente a "daño material" propiciando la discusión relativa a la exclusión del daño moral en materia de tránsito[26]. Actualmente, la ley con base al principio de la reparación integral del daño no hace distinción, por lo que no cabe duda de la obvia procedencia del daño moral en la materia, según ha referido la jurisprudencia reciente[27].

---

[22] Acedo Sucre, *Responsabilidad civil...*, p. 15.

[23] Lasarte, *Curso...*, p. 419.

[24] GO Nº 38.985 del 1-8-08, véase http://www.intt.gob.ve/intt/?p=21.

[25] Véase: *Reglamento Parcial de la Ley de Transporte Terrestre sobre el uso y circulación de motocicletas en la red vial nacional y el transporte público de personas en la modalidad individual Moto Taxis*, G.O. Nº 39.772 de 5-10-11, art. 56: "El propietario o propietaria de una motocicleta autorizadas para prestar el servicios de transporte de personas en la modalidad individual Moto Taxi, sea persona natural o jurídica y su conductor o conductora, serán responsables civilmente por los daños causados durante la prestación de servicio de trasporte de personas en la modalidad individual Moto Taxis".

[26] La norma actual eliminó la referencia a" todo daño **material**" contenido en el artículo 54 de la ley anterior (véase: Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito...*, p. 368). Lo que permite superar la discusión relativa a la procedencia del daño moral: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 83, punto interesante es el relativo a la extensión de los daños reparables pues cuando la norma alude a "todo daño" pareciera darnos a entender que quedarían comprendidos tanto los daños morales además de los materiales. Véase a propósito de la distinción de la ley anterior: Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito...*, pp. 149-159.

[27] Véase entre otras: Juzgado Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Bermúdez, Benítez, Libertador, Andrés Mata y Arismendi del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 22-7-15, Exp. 5.871-14, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2944-22-5.871-14-.HTML; Juzgado Superior del Circuito Judicial Civil Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 17-7-15, Exp. GN32-T-2011-000007, http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2589-17-GP31-R-2015-000006-PJ0092015000034.HTML; Juzgado de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial

La norma aplica a los daños "*que se cause con motivo de la circulación del vehículo".* La doctrina entiende por circulación todo movimiento o traslación de un vehículo para alcanzar determinado fin, cumplido o por cumplirse, en la vía de tránsito. Comprende el estacionamiento del vehículo, sea una vía de tránsito o en locales cerrados distintos del lugar cerrado donde habite el dueño (garaje privado del dueño). Un vehículo inerte, sea en sentido público o privado distinto del garaje privado del dueño, está en circulación para los efectos de la aplicación de la responsabilidad[28].

"Ha sido norma general en la legislación venezolana el establecer como responsables de los daños ocasionados como consecuencia de un accidente de tránsito, tanto al conductor, al propietario y al garante. En lo que concierne a la responsabilidad del conductor del vehículo, ésta se produce como consecuencia de un hecho propio y, dada la ilicitud de tal estructura contingente, dicha persona es civilmente responsable de los daños que haya ocasionado. En lo que concierne al garante, su responsabilidad tiene su origen en una convención o contrato de seguro y, en relación con el propietario, su responsabilidad nace como consecuencia de un hecho ajeno"[29].

Los sujetos indicados se constituyen en litisconsorcio facultativo o voluntario[30], "lo que significa que existe responsabilidad solidaria entre estos tres sujetos a que se contrae la ley, sin embargo no está obligado el demandante a ejercer la pretensión de daños o exigir responsabilidad a éstos tres sujetos, es decir, puede demandar individualmente al conductor, al propietario o a la empresa aseguradora o a los tres, es decir, que no nos encontramos ante un litis consorcio pasivo necesario a que se contrae los artículos 146 y 148 del Código de Procedimiento Civil, sino, frente a un litisconsorcio

del Estado Mérida, Sent. 22-5-15, Exp. http://merida.tsj.gob.ve/DECISIONES/**2015**/MAYO/961-22-10.389-13-.HTML; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 23-5-13, Exp. 14.385, http://yaracuy.tsj.gob.ve/decisiones/2013/mayo/1429-23-14.385-.html.

28 Maduro Luyando, *Curso...,* p. 682.

29 Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-2-12, 2029-11-135, http://www.tsj.gob.ve/tsj_regiones/.../2012/.../533-28-2029-11-135-15-12.html; Véase también a propósito de la responsabilidad imputada al propietario, conductor y garante; Núñez Alcántara, *El daño...,* p. 89; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 79-85, la responsabilidad es imputada al propietario, conductor y garante.

30 Véase: Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, Sent. 18-5-15, Exp. 7873, http://merida.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/2859-19-7873-.HTML "no se trata en el caso de un litis consorcio necesario o forzoso, sino de un litis consorcio voluntario o facultativo y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil, los actos de cada uno de los litis consortes son autónomos y no favorecen ni perjudican a los otros"; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 9-2-09, Exp. 15.532, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/febrero/1125-9-15.532-.html.

facultativo no obligatorio"[31]. Ello sin perjuicio de las defensas de cada uno de los miembros del litisconsorcio[32].

3.2.1. *Conductor*

En nuestra legislación ha de entenderse como conductor el que tiene el control de un vehículo, independientemente del carácter legítimo del mandato o la apropiación indebida del automóvil[33].

Al conductor le alcanza una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en caso de ebriedad, sustancias estupefacientes o exceso de velocidad, conformidad con el artículo 194 de la Ley de Transporte Terrestre: "*Se presume, salvo prueba en contrario, que el conductor o la conductora es responsable de un accidente de tránsito cuando al ocurrir éste, se encuentre bajo los efectos de bebidas alcohólicas, de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, o conduzca a exceso de velocidad. Al conductor o conductora se le practicará el examen toxicológico correspondiente, el cual podrá realizarse a través de pruebas e instrumentos científicos por parte de las autoridades competentes del transporte terrestre al momento de levantar el accidente. Los mecanismos e instrumentos para la práctica del examen, serán desarrollados en el Reglamento de esta Ley*".

Sobre dicha presunción, indica la doctrina, que ella tiende a crear confusión en el intérprete porque no se trata de una responsabilidad por culpa, por lo que el legislador debió tener por supuesto a partir de tal verificación, fue el vínculo de causalidad entre la culpa y el daño comprobado, de tal manera que la prueba liberatoria del conductor temerario se dirija a probar causas ajenas únicas o concomitantes en su descargo. Lo que debe presumirse es la relación de causalidad. No obstante aclara Henríquez La Roche que la norma no apunta a la responsabilidad que se consagra en las disposiciones anteriores sino a la responsabilidad ordinaria a la que se remite en caso de colisiones[34]. Para Acedo, la norma lo que quiere decir es

[31] Tribunal Superior del Circuito Judicial Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 25-6-15, Exp. WP12-R-2015-000001, http://vargas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JUNIO/128-25-WP12-R-2015-000001-4507.HTML; TSJ/SCC, Sent. 000154 de 25-3-14, www.tsj.gob.ve/.../scc/.../162351-RC.000154-25314-2014-13-567.HTM. "el legislador establece una obligación solidaria en cabeza del conductor, del propietario del vehículo y su empresa aseguradora de responder de *"todo daño"* que se cause con motivo de la circulación del vehículo, cuando, desde luego quede comprobada su responsabilidad respecto de los daños ocasionados".

[32] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 9-2-09, Exp. 15.532, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/febrero/1125-9-15.532-.html "La responsabilidad objetiva del conductor es en cuanto a los hecho comunes, que son aquellos imputables directamente a él, pero a lado de éstos hechos comunes, están los hechos personales que solo atañe a cada uno de los dos litisconsortes. El Dr. Ricardo Henríquez La Roche, en su obra nos trae varios ejemplos de las diferencias entre hechos comunes y hechos personales, nos dice que cuando el propietario fundamente su defensa en la apropiación indebida del vehículo, o el garante rechaza el concepto y monto de la pretensión con fundamentos en las limitaciones que impone el Contrato de Seguro, éstos son hechos personales, propios de cada uno de éstos dos litisconsortes".

[33] Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito...*, p. 123.

[34] *Ibid.*, pp. 167 y 168, con inclusión de nota al pie 49 que incluye la opinión de Goldschmidt.

que si el conductor incurrió en culpa por conducir muy rápido, drogado o ebrio, se presume que él fue el causante del accidente, aunque tiene la posibilidad de probar que no lo causó lo cual le será muy difícil. Por lo que la norma presume que su conducta es la "única" causa del accidente[35].

El citado artículo 192 agrega a propósito de los conductores que *"en caso de colisión entre vehículos, se presume, salvo prueba en contrario, que los conductores o las conductoras tienen igual responsabilidad civil".* Se trata de una presunción de paridad de culpas entre conductores, relativa a que cada uno ha participado de la misma manera en la producción del daño[36]. Señala la doctrina que la norma aparentemente clara aplica solamente a las partes participantes en una coalición, mas no a la reclamación de un tercero que ha sufrido un daño por la colisión de dos vehículos. Por lo que el legislador simplemente apunta a una presunción de doble responsabilidad respecto de la carga de la prueba. La aplicabilidad de la norma solo depende de que las partes no hayan articulado pruebas suficientes en abono a su pretensión. Por lo que en opinión de la doctrina la norma carece de contenido material y la presunción no acarrea una doble responsabilidad y una carga procesal extraordinaria sino una igualdad de circunstancias en cuanto a la carga de probar la culpa del contrario. Es decir, la presunción de responsabilidad implícita le es aplicable a ambos conductores[37]. Así por ejemplo, la presunción puede ser desvirtuada por las pruebas de la autoridad administrativa[38]. Tal norma se ha citado para negar medidas preventivas a favor de uno de los conductores[39].

Para Acedo la norma consagra una presunción legal de idéntica eficacia causal pero no es aplicable si de parte de uno de los conductores actuó

---

[35] Acedo Sucre, *Responsabilidad civil, seguro y accidentes de tránsito...,* p. 17.

[36] Visintini, *Tratado...*, Vol. 2, p. 401, esta presunción recíproca tiene una función subsidiaria, pues se aplica toda vez que la modalidad de la colisión impida establecer con certeza la incidencia de la culpa de cada conductor en la producción del evento dañoso.

[37] Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito...,* pp. 161-167.

[38] Véase: Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sent. 15-6-15, Exp. KP02-R-2015-000104, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JUNIO/678-15-KP02-R-2015-000104-15-2564.HTML si bien es cierto que existe una presunción de responsabilidad de ambos conductores en la ocurrencia del accidente, también es cierto que, en el caso que de las actuaciones administrativas se desprenda la demostración de la prueba de la responsabilidad de uno u otro conductor, por tratarse de un documento público administrativo, el interesado en desvirtuarlas, deberá producir y evacuar en juicio el medio probatorio de la cual se desprenda la prueba en contrario. En el caso de autos, en virtud de la presunción de aceptación de los hechos, y del resultado de las actuaciones administrativas de tránsito terrestre, se establece que la responsabilidad en la ocurrencia del accidente de tránsito recae única y exclusivamente en la persona del conductor del vehículo Nº 1, ciudadano ...y así se establece.

[39] Véase: Juzgado de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 1-2-13, http://merida.tsj.gob.ve/decisiones/2013/febrero/961-1-10389-13-.html "es evidente que no es posible verificar el requisito de presunción de buen derecho, en virtud de que ambos conductores, en principio, son igualmente responsables del accidente de tránsito"; Juzgado Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Juan Germán Roció y Ortiz de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 10-2-15, http://guarico.tsj.gob.ve/.../2813-10-D-0021-15-INTERLOCUTORIANº279.HTM.

con drogas, alcohol o exceso de velocidad, en cuyo caso a tal conductor lo alcanza dicha presunción especial[40].

La norma del citado artículo 192 excluye la responsabilidad ante la prueba de la causa extraña no imputable: "a *menos que se pruebe que el daño proviene de un hecho de la víctima, o de un tercero que haga inevitable el daño; o que el accidente se hubiese producido por caso fortuito o fuerza mayor".* La presunción rige sobre la culpa mas no respecto de la relación de causalidad, pues, como es lógico, la ley vigente admite la posibilidad de causa extraña no imputable en general[41]. Pues según referimos, la figura aplica en principio no obstante tratarse de responsabilidad objetiva porque no afecta la presunción de culpa sino que desvirtúa la relación de causalidad[42].

3.2.2. *Propietario*

Por su parte, el artículo 71 de la Ley de Transporte Terrestre, a propósito de quién debe entenderse por propietario prevé: "*Se considera propietario o propietaria quien figure en el Registro Nacional de Vehículos y de Conductores y Conductoras como adquirente, aun cuando lo haya adquirido con reserva de dominio*".

El artículo 38 *eiusdem* dispone el deber del vendedor de notificar de la venta al respectivo Registrador a los fines de liberarse de responsabilidad civil y administrativa frente a terceros: *"El Registro Nacional de Vehículos y de Conductores y Conductoras, será público, sólo los actos inscritos en el mismo surtirán efectos frente a terceros, así como las certificaciones de éstos que emita el Instituto, las cuales serán otorgadas en la forma prevista en el Reglamento de esta Ley, por el Registrador o Registradora Nacional de Transporte Terrestre o por los Registradores Delegados o las Registradoras Delegadas. A los fines del presente artículo, el vendedor o la vendedora deberá notificar al Registrador Delegado o Registradora Delegada de la jurisdicción donde resida o haya vendido el vehículo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la enajenación del vehículo, del acto notarial respectivo, con lo cual se liberará de toda responsabilidad, civil y administrativa frente a terceros, por hechos posteriores a la venta no imputables al vendedor o vendedora. El incumplimiento de la presente obligación dentro del lapso establecido acarreará la multa respectiva, y la notificación efectuada con posterioridad surtirá plenos efectos a partir de la fecha de su realización"*[43].

---

[40] Acedo Sucre, *Responsabilidad civil, seguro y accidentes de tránsito...*, p. 18.

[41] Véase comentando la ley anterior y señalando entre sus conclusiones que se limitaba al hecho de la víctima y del tercero: Peña Peña, Nislee del Carmen: *Alcance de las causas extrañas no imputables en materia de tránsito y transporte terrestre en Venezuela*. Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Trabajo Especial de grado para optar al título de abogada, abril 2008, http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-08-02319.pdf; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 85, el caso fortuito y la fuerza mayor estaban excluidos de la precedente normativa.

[42] Véase *supra* tema 7.6.

[43] Véase: Artículo 37.

Para el autor Henríquez La Roche el artículo 71 consagra una presunción *iuris et de iure*, a saber, una prueba documental de valor probatorio absoluto[44]. Pero cita una decisión judicial que indica que si bien ello es cierto a los efectos de dicha ley especial, no significa que en materia de vehículos no apliquen las disposiciones del CC. Lo que supondría la existencia ocasional de dos cualidades de propietarios en la jurisdicción especial y en la ordinaria[45]. Propone el autor que el régimen legal de trasmisión, no obstante la Ley de Tránsito Terrestre, quede sujeto al documento auténtico como requisito previo para perfeccionar la venta frente a terceros[46].

En sentido similar, Núñez Alcántara refiere que los compradores adquieren mediante documento autenticado por ante una Notaría Pública, pero si el traspaso por ante el Ministerio competente no se realiza, los órganos jurisdiccionales podrían morigerar la redacción de la norma, que resultaría aplicable en el aspecto administrativo, mas no en el de la responsabilidad civil, y al efecto se cita decisión judicial que indica que la ley no señala "es propietario", sino que "se considera como propietario", lo cual será aplicable a ciertos efectos administrativos[47]. Consideración semejante asoman sentencias de instancia, no obstante la referencia expresa a la norma de la ley especial[48]. Posición que tiene el mérito de suavizar

---

[44] HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Derecho de Tránsito...,* pp. 175 y 176.

[45] *Ibid.,* pp. 176-178, cita sentencia CSJ/SCCMET, Sent. 25-1-77, JRG, T. LV, 125b.

[46] *Ibid.,* p. 180.

[47] NUÑEZ ALCÁNTARA, *ob. cit.*, pp. 74 y 75. En ese sentido una primera sentencia emanada de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la antigua Corte Suprema de Justicia se produjo el 25 de enero de 1977, caso Quintero contra Galligari; con igual criterio se pronunció el 22 de febrero de 1979 la Sala de Casación Civil del máximo tribunal, caso Chávez contra Autocamiones Anaco. Finalmente esta Sala en fecha 22 de octubre de 1980 reiteró el criterio expresado, indica la sentencia de 1777 que esto se pone de manifiesto si se observa que el referido artículo 4º no dice que "es propietario", sino que "se considera como propietario",agregando que esta presunción es aún cuando se haya adquirido el vehículo con reserva de dominio". Así por ejemplo, por lo que respecta a infracciones de normas de tránsito, efectos fiscales, multas, etc., el propietario del vehículo será el que aparezca en el Registro de Vehículos de la autoridad de tránsito correspondiente, pero para otros efectos y el ejercicio de determinación de derechos, como sería el poder intentar una acción de daños y perjuicios que es eminentemente civil, causados a un vehículo, es indudable que propietario del mismo será el que acredite esa propiedad por los medios previstos en el Código Civil, amén las pruebas que puedan derivarse del citado Registro.

[48] Véase: Juzgado Primero de Municipio Guanare del primer circuito de la circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 8-3-10, Exp. 2151, http://portuguesa.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1157-8-2151-.html "De tales documentaciones se puede constatar que quien funge como propietario de conformidad con el artículo 71 de la Ley de Transporte Terrestre es el ciudadano ...tal como se desprende del certificado de registro de vehículo que consta en la presente causa. A lo anterior debe agregarse que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de venta otorgado ante un funcionario público que le otorgue fe de su realización, es un acto jurídico válido y que si bien es cierto, en materia de tránsito no acredita una propiedad plena, dichas ventas notariadas, a criterio de este juzgador, pueden considerarse como un requisito para adquirir la propiedad, que por máxima de experiencia, no llegan a consolidarse por falta de impulso por parte del nuevo adquiriente de las diligencias en gestionar la titularidad del vehículo por antes SETRA; Juzgado Superior del Circuito Judicial Civil Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 17-7-15, Exp. GN32-T-2011-000007, http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2589-17-GP31-R-2015-000006-PJ0092015000034.HTML Luego de referir la posición de la Sala Constitucional indica: "No obstante, cuando no se esta en ese supuesto; cuando no se disputa entre las partes la propiedad vehicular que se atribuyen al mismo tiempo cada uno de los contendientes; el mecanis-

la estricta formalidad registral en favor de la venta consensual ante un funcionario que le da autenticidad al acto.

Ello a tono con que se afirme que la expresión «propietario» se refiere al propietario para el momento del accidente, y no se trasmite la responsabilidad por accidentes una vez vendido o modificada la propiedad del vehículo, pues ello implicaría convertir la obligación en *proptem rem*[49].

Por su parte, explica Galvis Hernández que la función del registro de automóviles es de alcance administrativo, pero opina el autor que, sostener que el registro tiene fines meramente administrativos y no efectos civiles acreditativos del derecho de propiedad, es desconocer los principios de certeza y seguridad jurídica que deben imperar sobre cualquier otra consideración, en garantía de los posibles afectados en sus derechos sobre el bien mueble vehicular. El autor es contrario a la posibilidad de dos tipos de titulares del derecho de propiedad[50]. En posición similar se pronuncia Henríquez La Roche en una edición más reciente de su obra señalando que considerar dos cualidades de propietarios en jurisdicción especial y ordinaria constituye una interpretación que no coadyuva a la seguridad jurídica y de allí que las Notarías exijan el certificado de propiedad expedido por el INTT[51].

La Sala Constitucional del Máximo Tribunal se pronunció respecto a cómo demostrar la titularidad del derecho de propiedad sobre vehículos automotores, señalando que "todo régimen de publicidad registral en principio, es inaplicable a los bienes muebles corporales, en virtud de que la posesión de buena fe vale título, aun cuando existen bienes muebles corporales sujetos al régimen de publicidad registral entre los que se ubican los vehículos automotores. De los artículos precedentemente citados, se observa que el legislador considera a un ciudadano propietario de un vehículo, frente a las autoridades y ante terceros, cuando aparezca como titular de ese derecho real en el Registro Nacional de Vehículos".La documentación expedida por las autoridades administrativas, constituye un título idóneo a los efectos de probar la propiedad de un vehículo automotor, siempre

---

mo probatorio para acreditar la cualidad e interés para accionar como comprador (propietario) de un vehículo, puede ser suplido por un medio autentico o autenticado, en caso de inexistencia de titularidad certificada por el organismo administrativo correspondiente...

[49] Opinión de Ramón Alfredo Aguilar, profesor agregado de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, consulta electrónica 29-9-09.

[50] Galvis Hernández, Carlos: *La titularidad del derecho de propiedad de vehículos*. En: Revista de Derecho Nº 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 378 y 379.

[51] Henríquez La Roche, Ricardo: *Régimen jurídico de los accidentes de tránsito*. Caracas, Ediciones Liber, 2011, p. 192.

que el título no hubiere sido declarado falso[52]. Igualmente se aprecian decisiones de instancia[53].

Señala Henríquez La Roche que si el vehículo pertenece a la comunidad conyugal ambos cónyuges tienen la cualidad de propietarios. Pero a propósito de la comunidad conyugal rige el artículo 167 CC, según el cual la responsabilidad por hecho ilícito de un cónyuge no perjudica al otro, lo que aplica al propietario y conductor, por lo que las medidas solo pueden afectar el 50% de los bienes comunes[54].

De allí que en la hipótesis del demandado propietario del vehículo, se ha considerado rige el citado artículo 167 que impone el carácter personalísimo de la responsabilidad por hecho ilícito. Se aprecia decisión que refiere la necesidad de hacer mención al artículo 167 del CC: "La responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes...sin entrar a analizar en profundidad es evidente que en caso de que sea condenado el demandado de auto al pago de los daños materiales la norma antes mencionada dispone que no se verá afectado el patrimonio conyugal por lo que la falta de cualidad pasiva del demandado no prospera y así se decide" [55].

A tono con el citado artículo 192 de la Ley de Transporte Terrestre que consagra la causa extraña no imputable, el artículo 193 *eiusdem* dispone: "*Los propietarios o propietarias no serán responsables de los daños causados por sus vehículos cuando hayan sido privados de su posesión como consecuencia de hurto, robo o apropiación indebida*". La propia Ley en dicha norma aclara que no se responde por hurto, robo o apropiación indebida, toda vez que esos supuestos son subsumibles en términos generales en la referida causa extraña no imputable, ya se consideren tales casos dentro del caso fortuito o del hecho de un tercero. Señala la doctrina que dicha regla también le es aplicable al otro guardián, a saber, el comprador bajo reserva de dominio, arrendatario financiero, arrendatario a largo plazo, comodatario y todo aquel que tenga un derecho de uso que presuponga haber adquirido los

[52] Véase sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Nº 3198 del 25-10-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/3198-251005-05-1043.HTM ; Nº 1412 del 30-6-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1412-300605-04-2397.HTM ; Nº 2862 del 29-9-05, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2862-290905-05-0064.HTM ; Nº 2843 del 19-11-02, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2843-191102-01-1442.HTM ; Nº 1544 de 13-8-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1544-130801-01-0575%20.HTM ; Nº 1197 de 6-7-01, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1197-060701-01-0112.HTM .

[53] Véase Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y con Competencia en Protección del Niño y del Adolescente del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 16-9-10, Exp. 5.472. http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/septiembre/1115-16-5472-.html; Tribunal Superior Civil, Guanare, Estado Portuguesa, Sent. 12-7-10, Exp. 5.449, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/julio/1115-12-5449-.html ; Juzgado Segundo del Municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 16-5-12, Exp. FP02-V-2011-000836, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/MAYO/1988-16-FP02-V-2011-000836-PJ0252012000141.HTML.

[54] Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito...,* 1997, p. 193.

[55] Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, Sent. 26-5-11, 5.825 http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/1428-26-5825-.html.

deberes de funcionalidad o mantenimiento del vehículo. Se colige, por argumento en contrario, que la naturaleza de la responsabilidad solidaria del propietario está basada en la voluntad de asumir un riesgo al permitir que otro use del vehículo. Los casos que señala la norma tienen en común la falta de aquiescencia del propietario que permita la circulación del vehículo[56].

A lo que cabe recordar las consideraciones hechas con anterioridad a propósito de la causa extraña no imputable como eximente de responsabilidad, amén de las consideraciones especiales de la doctrina[57]. La contribución del hecho de la víctima o del tercero en el acaecimiento del daño se rige por el Derecho Común, a saber, las normas correspondientes del CC que ya comentamos con anterioridad y por las cuales el Juzgador podrá reducir la indemnización según el caso si figuran como atenuante.

3.2.3. *Garante*[58]

Según se indicó de conformidad con el artículo 192 de la citada ley especial, responde no solo el conductor y el propietario sino la empresa aseguradora, es decir, el garante.

La ley establece la obligatoriedad del seguro para cubrir las posibles responsabilidades derivadas del tránsito terrestre[59]. La empresa aseguradora ha de cumplir las obligaciones contraídas en las pólizas de responsabilidad civil so pena de que se informe a la Superintendencia de Seguros a los fines de las sanciones respectivas[60]. Se está en presencia de una responsabilidad contractual en virtud del contrato suscrito entre asegurador y asegurado, por lo que la causa de su obligación es muy diversa a la del accidente de tránsito, sin perjuicio que en una acción directa de la víctima contra el asegurador[61]. De allí que se afirme que la responsabilidad del garante tiene su origen en una convención o contrato de seguro en tanto que la del propietario nace como consecuencia de un hecho ajeno si el conductor es otro[62].

---

56 Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito…*, 1997, pp. 194 y 195.

57 Véase: *ibid.*, pp. 128-148.

58 Véase: Acedo Sucre, *Responsabilidad civil, seguro y accidentes de tránsito…*, pp. 13-37; Maduro Luyando, *Curso…*, p. 684.

59 Véase: Artículo 58 "*Todo vehículo a motor debe estar amparado por una póliza de seguro de responsabilidad civil, para responder suficientemente por los daños que ocasione al Estado o a los y las particulares. Igualmente resultará obligatorio el seguro de responsabilidad civil para las motocicletas, en las mismas condiciones que rige para los automotores. En el caso de vehículos destinados al servicio de transporte terrestre público y privado de personas, sus propietarios o propietarias deben contratar adicionalmente una póliza de seguro de accidentes personales que cubra a las personas que transporta y su equipaje*".

60 Véase: Artículo 195. "*El Instituto Nacional de Transporte Terrestre informará a la Superintendencia de Seguros las denuncias contra aquellas empresas de seguro que incumplieren las obligaciones contraídas en las pólizas de responsabilidad civil de vehículos o condicionen la contratación de las pólizas, con el objeto de que se les apliquen las sanciones o medidas administrativas contempladas en la ley, sin menoscabo de la acción que pueda tener quien contrata contra la empresa directamente*".

61 Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 82.

62 Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-2-12, 2029-11-135, http://www.tsj.gob.ve/tsj_regiones/.../2012/.../533-28-2029-11-135-15-12.html.

Se indica que con bastante frecuencia la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los automovilistas no es suficiente. A veces, los compradores contratan coberturas adicionales Y dichas pólizas no cubren daños morales por no ser obligatorio[63]. Refiere Ochoa Gómez que el seguro de responsabilidad civil no es del conductor sino del propietario del vehículo y que no se trata propiamente de un seguro sino de una fianza solidaria hasta cierta cantidad[64]. Esto es, aclara el autor que el asegurado es el propietario y no el conductor por lo que para este debería denominarse "fianza solidaria de responsabilidad civil"[65].

3.3 *Prescripción y daños*

Las acciones derivadas de dicha ley especial prescriben al año del evento[66]. Ciertamente, a ello puede sumarse la coexistencia de daños morales no obstante la discusión relativamente superada sobre su procedencia[67], los cuales a nuestro entender quedan afectados por el mismo tiempo de prescripción[68].

63 Acedo Sucre, *Responsabilidad civil, seguro y accidentes de tránsito...*, p. 18.

64 Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 705.

65 *Ibid.*, p. 707.

66 Artículo 196. "*Las acciones civiles a que se refiere esta Ley para exigir la reparación de todo daño prescribirán a los doce (12) meses de sucedido el accidente. La acción de repetición a que se contrae el artículo anterior prescribirá en igual término, a partir del pago de la indemnización correspondiente*".

67 Véase sin embargo: Acedo Sucre, *Responsabilidad civil...*, pp. 19 y ss. los conductores ciertamente responden por daño moral pero la situación del propietario es menos clara aunque también les sea extensible pues, se ha considerado aplicables respecto del último los artículos 1191 y 1193 CC; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario de Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 2-6-08, Exp. Nº 9549, http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/JUNIO/732-2-9549-.HTML "En el caso del daño moral, no existe en principio esa solidaridad, sino que por remisión expresa del artículo 21 eiusdem la obligación que pueda surgir para el propietario, y subsidiariamente para el garante, de reparar esta clase de daño se debe regir por las disposiciones del derecho común, siendo criterio de nuestro Máximo Tribunal, que en tal caso resultan aplicables los artículos 1185, 1191, 1193 y 1196 del Código Civil, y en tal sentido, para que el propietario del vehículo sea condenado a resarcir el daño moral, deben ser alegadas y probadas en autos las causas por las cuales se considera su responsabilidad".

68 Véase en este sentido: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Del Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 9-6-14, Exp. 7283, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/JUNIO/225-9-7283-7283.HTML "Es de advertir, que una vez interpuesta la demanda y aún cuando la misma no se haya registrado, pero, de lograrse la citación del demandado antes de que finalice el lapso de *prescripción que para este tipo de acción es de un año*, la misma quedará interrumpida... es procedente para este Sentenciador declarar prescrita la acción civil por indemnización de daños Materiales "civil" y ***moral*** intentada por el demandante" (Destacado nuestro); Véase: Arteaga, Pablo: *Prescripción de la acción por daño moral en el derecho del tránsito en Venezuela*, Maracaibo, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, 2009, trabajo especial de grado para optar al título de abogado, p. 67, http://*200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-09-03286.pdf* en relación a la prescripción por daño moral, el artículo 196 de la Ley de Tránsito Terrestre es claro e inequívoco al establecer taxativamente que las acciones civiles reguladas por ese cuerpo normativo para todo daño prescribe a los doce meses de haber ocurrido el hecho generador. Véase en sentido contrario: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 84 y 85, la brevedad del plazo da pie para pensar que los daños morales se han regir por el régimen supletorio del CC de diez años, en atención a la protección de la víctima, especialmente porque pueden aflorar después del accidente. Lo que podría conducir con posterioridad a la producción del accidente, a excluir su reclamación e indemnización, de aplicarse el lapso abreviado de 12 meses.

Se prevé una función de la autoridad administrativa de tránsito que tiene por objeto constar la infracción mediante el trámite de ley. La naturaleza de sus actuaciones relativa al informe administrativo se asimila para Henríquez a la inspección judicial[69]. Al efecto indica la jurisprudencia que tales actuaciones constituyen documentos administrativos con efectos similares al documento público[70]. La cosa juzgada penal no afecta lo civil[71].

Se aprecian decisiones judiciales en materias de daños y perjuicios que traen a colación el artículo 1193 del CC a propósito del guardián del vehículo[72], pues afirma la doctrina que la víctima del accidente de tránsito tiene derecho que el propietario lo indemnice por daños morales por aplicación de los artículos 1191 y 1193 del CC[73].

La ley contiene igualmente una referencia a las obligaciones del transportista –a propósito de la materia contractual– en el artículo 87: "*Las personas naturales y jurídicas autorizadas para la prestación del servicio de transporte terrestre público de pasajeros y pasajeras, y de carga están obligadas a cumplir con los tiempos de conducción y descanso que a tal efecto se establecerán en el Reglamento de esta Ley. Igualmente, deben cumplir con la obligación de llevar el personal debidamente habilitado para el relevo en la conducción de tales vehículos*". Regulando en sus artículos 94 a 149 todo lo relativo al servicio de transporte.

La responsabilidad civil por accidente de tránsito está regulada en la citada ley especial en los artículos 192 al 197 bajo Capítulo II "*De la Responsabilidad Civil por Accidente de Tránsito Reparación de daños*".

---

[69] Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito...,* 1997, pp. 66-76, da fe de lo verificado personalmente por el Vigilante de tránsito.

[70] TSJ/SCC, Sent. 000578 del 3-10-13, http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/.../157142-RC.000578-31013-2013-13-273.html. Véase también entre otras:TSJ/SCC, Sent. 00922 de 20-8-04, http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00922-200804-03650.htm; TSJ/SCC, Sent. 01214 de 14-10-04, http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC-01214-141004-03005.HTM; TSJ/SCC, Sent. 00557 del 6-7-04, http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00557-060704-03189.htm ; TSJ/SCC, Sent. 00381 de 14-6-05,http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC-00381-140605-03552.HTM ; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sent. 15-6-15, Exp. KP02-R-2015-000104, http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JUNIO/678-15-KP02-R-2015-000104-15-2564.HTML.

[71] Henríquez La Roche, *Derecho de Tránsito...,* 1997, pp. 87-90. Véase sobre el aspecto penal: Cortes de Arabia, Ana María: *La jurisprudencia en los accidentes de tránsito*. En: Anuario de CIJS, 2008, pp. 139-59, http://*biblioteca.clacso.org.ar/Argentina/cijs-unc/.../sec11002a.pdf*.

[72] Véase entre otras: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario de Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 2-6-08, Exp. Nº 9549, http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/JUNIO/732-2-9549-.HTML; Juzgado Superior del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, Sent. 29-1-10, Exp. 01408-09, http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2010/enero/528-29-1408-09-03-10.html; Juzgado tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 29-2-12, Exp. 18.500-2010 http://www.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/.../1329-29-18500-07-D.html.

[73] Acedo Sucre, *Responsabilidad civil...*, pp. 20 y 22.

4. Responsabilidad civil por transporte aéreo[74]

4.1. *Generalidades y fundamento*

La circulación aérea suele dar origen a muchos daños, tanto para pasajeros como para propietarios de la carga transportada por los aviones como para las demás aeronaves y las personas o bienes que se encuentran en la superficie. De allí que la generalidad de los Estados han legislado sobre la materia y se ha propiciado un área que se conoce como "*Derecho aeronáutico*", respecto del cual nos interesa la parte relativa a la responsabilidad civil[75]. Se resalta el carácter de servicio público[76] del transporte aéreo que impone ciertos deberes no obstante el ánimo de lucro y tener lugar mediante un contrato de adhesión[77].

La materia está regulada en la Ley de Aeronáutica Civil[78]. Se alude a la responsabilidad aeronáutica como la obligación que descansa sobre el

---

[74] Véase: BELISARIO CAPELLA, Freddy: *Derecho del transporte aéreo.* Venezuela, Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe, 2008, pp. 197-222; BELISARIO CAPELLA, Freddy: *Responsabilidad Aeronáutica.* En: DOCTUM. Revista Marítima Venezolana de Investigación y Postgrado Nº 13, Universidad Marítima del Caribe, Dirección de Investigación y Postgrado, Caracas, enero-diciembre 2011, pp. 117-157; ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: *El rol del juez en la determinación de la indemnización del daño moral en materia de transporte aéreo.* Trabajo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, Julio 2011, http://saber.ucv.ve/.../T026800002819-0-trabajoespecial34alvarezangel-000.pdf; CONDE NAVARRO, Francisco: *El Margen de la Libertad Contractual frente al Contrato de Transporte Aéreo Turístico Venezolano.* Comercium et Tributum, Vol. III, Enero 2010, http://*publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/article/viewArticle/.../236* ; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, pp. 267-295; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 85-90; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 708-712; MADURO LUYANDO, *Curso...*, pp. 686-690; DÍAZ ALABART, Silvia: *La responsabilidad extracontractual de las compañías aéreas en caso de accidentes. Su regulación en las normas comunitarias.* En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador). Madrid, Dykinson, 2000, pp. 207-224; ROMERO CASTILLO, Edgar: *Responsabilidad por daños ocasionados a terceros en la superficie por causa de la actividad aérea.* Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Carrera de Derecho, 2005, http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2059.pdf; LYCZKOWSKA, Karolina: *Los daños derivados de las contingencias acaecidas en el transporte aéreo del equipaje.* Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 2, 2012, pp. 63-69, http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4042291.pdf ; RIZZO, Teresa: *Ley de Aeronáutica Civil Venezolana. Estudio sobre un Procedimiento Especial en la materia.* Caribbean International University. Vicerrectorado de Estudios On Line. Willemstad, Curacao, Octubre, 2014, www.ivea.com.ve/.../Ley%20de%20Aeronautica%20Civil%20Venezolan; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 943 y 944; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 959-961.

[75] MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...* T. II, pp. 267 y 268.

[76] Véase: TSJ/SConst., Sent. Nº 1126 de 3-8-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1126-3812-2012-11-1033.html "la actividad de transporte aéreo, la cual, si bien le es aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial de derecho público por tratarse de un servicio público (responsabilidad objetiva), su regulación debe adecuarse a lo dispuesto en la normativa especial que rige su actividad, esto es la Ley de Aeronáutica Civil"; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 8-8-11, Exp. AP42-G-2011-000017, http://www.tsj.gob.ve/.../decisiones/.../1478-8-AP42-G-2011-000017-2011-11.; Tribunal Superior Marítimo Accidental con competencia nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 24-5-11, Exp. 2008-000157, http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/.../1477-4-AW41-X-2013-000044-2013-12.

[77] ÁLVAREZ OLIVEROS, *El rol del juez en la determinación de la indemnización...*,pp. 34 y 35.

[78] Originalmente GO Nº 38.215 de 23-6-05 y Reformada por GO Nº 39140 del 17-3-09.

explotador de aeronaves[79] de subsanar o remediar los daños y perjuicios originados por la utilización de la aeronave[80], según su empleo específico, es decir, la navegación aérea[81]. Se trata de una *responsabilidad objetiva* que se apoya en la idea del riesgo, y aplica a lo contractual y extracontractual[82], toda vez que se extiende tanto al contrato derivado de los pasajeros o cosas transportadas, como a la responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados a terceros con motivo de las actuaciones de las aeronaves[83].

4.2. *Daño material y daño moral*

La Ley de Aeronáutica Civil en su título IV "*De la responsabilidad y los hechos ilícitos*", Capítulo I "De la responsabilidad", trata así entre otros los daños al pasajero y al equipaje (arts. 100-107)[84], daños a terceros en la superficie (108 y 109)[85], responsabilidad relativa al abordaje aéreo (arts. 110-112)[86], responsabilidad por la explotación de aeronaves (art. 113), responsabilidad por la elaboración del programa de seguridad y poseedor de un certificado de explotador de servicios de trasporte aéreo (arts. 114 y 115) y la obligación de contratar pólizas de seguro (art. 116)[87].

Supone una responsabilidad *objetiva*[88], por cuanto las personas responsables no pueden exonerarse demostrando la ausencia de culpa; y *limitada*, por cuanto su obligación de responder se limita a las cantidades fijadas por la ley[89]. Limitada al menos en lo atinente, en principio, al daño material, toda vez que la discusión sobre la procedencia del daño moral en la ma-

---

[79] Véase: Folchi, Mario: *El explotador de la aeronave*. 19-02-2013, http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=64567 "se denomina explotador de la aeronave a la persona que la utiliza legítimamente por cuenta propia y que conserva su conducción técnica, aun sin fines de lucro".

[80] Véase Ley de Aeronáutica Civil, artículo 16: "*La aeronave es toda máquina que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire, que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra y que sea apta para transportar persona o cosas*".

[81] Belisario Capella, *Derecho...*, p. 189, agrega que se distingue por la práctica de la navegación aérea, por el ejercicio de la aeronavegación. Pues si hay ausencia de ese elemento, la responsabilidad es de derecho común, como sería el caso de que una aeronave se incendie en tierra y luego transmita el fuego a otras aeronaves o edificios.

[82] Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, p. 708; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 86 y 87, constituyen expresión de la responsabilidad contractual de las cosas o personas transportadas, así como extracontractual por los daños causados por la nave en operación; Torrelles Torrea, *ob. cit.*, p. 351.

[83] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 686.

[84] Véase: Belisario Capella, *ob. cit.*, pp. 190-202.

[85] *Ibid.*, 203-210.

[86] *Ibid.*, 212-216.

[87] Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 90.

[88] *Ibid.*, p. 87, Esto porque los responsables no pueden exonerarse aunque demuestren la ausencia de culpa en su actuación; Maduro Luyando, *Curso...*, p. 687, las personas responsables no pueden exonerarse demostrando la ausencia de culpa; Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent, 21-7-09, Exp. 2008-000214; http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/.../2176-21-2008-000214-.HTML.

[89] Maduro Luyando, *Curso...*, p. 687.

teria, después de una agria polémica jurisprudencial[90], parece haber sido relativamente aceptada por la Sala Constitucional con base a la teoría de la concurrencia de responsabilidades si se configura un hecho ilícito y en función de la reparación integral del daño[91], aunque ya había sido referida por la doctrina[92] y la jurisprudencia de instancia[93]. No obstante que algunas de éstas consideran procedente el daño moral en materia contractual, criterio acertado a nuestro parecer según tuvimos ocasión de explicar a propósito de la responsabilidad civil contractual[94], así como en el problema del "cúmulo de responsabilidades"[95].

Señaló la Sala Constitucional a propósito de la procedencia del daño moral en casos que exceden de la taxatividad de la ley especial y entra en rigor el Derecho Civil Común: "En el caso que aquí se analiza, el hecho generador del daño lo constituyó la sobreventa (*overbooking*) de pasajes, lo cual es una conducta dolosa de la empresa transportista porque implicó un deliberado

---

[90] Véase: Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 22-2-11, Exp. 2008-000245, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/.../2176-22-2008-000245-.HTML ; TSJ/SConst., Sent. 189 del 8-4-10, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Abril/189-8410-2010-09-0267.html; TSJ/SConst., Sent. Nº 1259 de 26-7-11, www.tsj.gob.ve/**decisiones**/scon/Julio/1259-26711-2011-10-0842.html; TSJ/SConst., Sent. 646 de 21-5-12, http://www.tsj.gov.ve/**decisiones**/scon/Mayo/646-21512-2012-11-0995.html.

[91] Véase: TSJ/SConst., Sent. Nº 1126 de 3-8-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1126-3812-2012-11-1033.html. Véase admitiendo la posibilidad pero cuestionando al juez de la recurrida por no explanar "los motivos para condenar a la demandada" (TSJ/SCC/Sent. 114 del 12-3-09, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.00114-12309-2009-07-819.HTML).

[92] Véase: Álvarez Oliveros, *El rol del juez en la determinación de la indemnización...,*pp. 47 y ss., en especial pp. 92 y 93, ratifica la procedencia del daño moral en materia de daños causados en el curso de la actividad aeronáutica; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 89, el hecho de que la normativa aeronáutica no establezca ningún requisito en cuanto a la entidad del daño y no distinga entre ambos tipos de daño, nos da pie para sostener que ambos tipos serían indemnizables siempre que han sido ocasionados como consecuencia de un hecho ilícito, y se trate de un daño de naturaleza extracontractual, no obstante se genere en el marco de una previa relación jurídica contractual, en virtud de los principios de reparación integral del daño y la protección de la víctima. Véase en el extranjero: Blanco Saralegui, José María: *El daño moral en transporte aéreo a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, http://www.elderecho.com/.../jurisprudencia-Tribunal-Justicia-Union-Europea se concede de manera más o menos pacífica indemnización por daños morales en los supuestos de gran retraso y cancelación; Ortega, Carmen: *La problemática de la determinación del daño moral en el transporte aéreo*, 14-5-14, www.legaltoday.com/.../la-problematica-de-la-determinacion-del-**dano** se indemnizan los daños morales con independencia de las cantidades reglamentarias...; Capaldo, Griselda D.: *Seminario relativo al Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, de Montreal de 1999, recientemente ratificado por la República Argentina,* 2009, p. 27, http://www.instibaerospa.org/cont/cursos/D43.pdf cada vez más frecuente la adjudicación de indemnización por daño moral"; Lyczkowska, *ob. cit.*, pp. 66-69.

[93] Tribunal Superior Marítimo Accidental con competencia nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 24-5-11, Exp. 2008-000157, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/.../2175-24-2008-000157-.HTML ; Tribunal Superior Marítimo con competencia nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 11-3-09, Exp. 2008-000169, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/.../2175-11-2008-000169-.HTML; Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent, 21-7-09, Exp. 2008-000214,http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/.../2176-21-2008-000214-.HTML ; Juzgado Superior Marítimo con Competencia Nacional y Sede en la Ciudad de Caracas Constituido con Jueces Asociados, Sent. 18-10-07, Exp. 2007-000085 http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2175-18-2007-000085-.html.

[94] Véase *supra* tema 10.2.3.4.f.

[95] Véase *supra* tema 13.3.

incumplimiento del contrato con conocimiento de su ilegitimidad, por lo que está obligada a responder por las consecuencias dañosas inmediatas y mediatas que generó. Ello pone de manifiesto una «*temeridad*» en el obrar de la transportista, en tanto constituye la inobservancia manifiesta de deberes inherentes a una conducta comercial responsable, diligente y cuidadosa de los derechos de los pasajeros"[96].

La doctrina extranjera reseña que en el marco de retrasos de vuelo e incumplimientos relacionados con la entrega del equipaje, el tipo de daño que más se invoca en los tribunales es el daño moral. No obstante, al respecto existe un debate en la jurisprudencia española, que no ha conseguido unanimidad para esclarecer si los límites de responsabilidad incluyen los daños morales o si sólo se limita a cantidades expuestas por perjuicios materiales, quedando abierta la posibilidad de reclamar daños morales más allá de esta suma[97]. Algunas decisiones españolas consideran que el tope que establece la ley por daño incluye el material y el moral[98]. En tanto que otra –al igual que la referida sentencia 1126 de la Sala Constitucional– admite el daño moral en caso de dolo o falta grave del transportista[99]. Finalmente, se aprecian sentencias de tal país admiten la procedencia del daño moral no obstante las indemnizaciones tasadas de la ley[100].

Aplica perfectamente en el ámbito que nos ocupa la posibilidad de la causa extraña no imputable, toda vez que cabe recordar que la misma rige en principio, en materia de responsabilidad objetiva a fin de desvirtuar la relación de causalidad, según tuvimos ocasión de explicar, lo cual es extensible al caso del trasporte aéreo[101]. Y así lo ha referido la doctrina especial sobre la materia[102] a diferencia de otros ordenamientos[103]. Mal se podría pretender por ejemplo que la aerolínea fuera responsable por el hecho del

[96] TSJ/SConst., Sent. Nº 1126 de 3-8-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Agosto/1126-3812-2012-11-1033.html.

[97] Lyczkowska, *ob. cit.*, p. 66.

[98] *Ibid.,* p. 67 y 68, reseña dos decisiones 2009 y una de 2008, otra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha terminado pronunciándose al respecto para disipar las dudas. En su sentencia de 6 mayo 2010 (JUR/2010/141954).

[99] Véase *idem*, "en el mismo sentido, la SAP de Vizcaya, de 30 diciembre 2005 (AC 2006/823)".

[100] Véase *ibid.,* pp. 67-69. AC 2009/816, AC 2008/247.

[101] Véase *supra* tema 7.6

[102] Véase: Álvarez Oliveros, *El rol del juez en la determinación de la indemnización del daño moral en materia de transporte aéreo..,* p. 41. La única forma de exonerarse de esa responsabilidad es probando que el daño se debió a una causa extraña que le es imputable, destruyendo con ello la relación de causalidad; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, pp. 89 y 90, refiere que la Ley de Aeronáutica Civil que si bien –a diferencia de la anterior– no enumera las causas de exención de responsabilidad no obsta para que hayan de ser tenidas en cuenta alguna de ellas, como la propia falta de la víctima o los actos cometidos por terceros; Belisario Capella, *Derecho ...,* pp. 196 y 197; Maduro Luyando, *Curso...,* pp. 687 y 689; Ochoa Gómez, *ob. cit.*, T. II, pp. 708-710; Romero Castillo, *ob. cit.*, pp. 25 y 26, 47-58.

[103] Véase: Moreno Martínez, Juan Antonio: *La responsabilidad civil y su problemática actual,* 2007, p. 817, https://books.google.co.ve/books?isbn=8498490715 en la navegación aérea se impone la obligación objetiva de indemnizar los daños que ni siquiera se excluyen por fuerza mayor; Lyczkowska, *ob. cit.*, pp. 67 y 68; ...no liberándose la aerolínea ni siquiera en el supuesto de fuerza mayor.

príncipe (decisión estatal de suspender vuelos) o fuerza mayor (un rayo o acontecimiento atmosférico).

4.3. *Normativa y reparación*

La Ley de Aeronáutica Civil aplica según su artículo 1 a las actividades relativas al transporte aéreo, la navegación aérea y otras vinculadas con el empleo de aeronaves. Dicha ley regula la materia bajo análisis, en los artículos 100 al 116.

El artículo 100 establece a propósito de las indemnizaciones tasadas: "*El que realice transporte aéreo, es responsable por los daños causados al pasajero por la demora, cancelación o el accidente o incidente producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera, de las operaciones de embarque o desembarque, conforme a las normas técnicas. Las operaciones de embarque comienzan en el momento en que el pasajero deja las instalaciones del aeródromo o aeropuerto para ingresar a la aeronave y las operaciones de desembarque terminan cuando el pasajero, al salir de la aeronave, ingresa a las instalaciones del aeródromo o aeropuerto. En cualquier caso, la responsabilidad por daños en el embarque y desembarque recaerán sobre quienes realicen dichas actividades. El derecho a percibir la indemnización por los daños ocasionados al pasajero, se ajustará a los siguientes términos: 1. Por muerte o por incapacidad total permanente, hasta cien mil Derechos Especiales de Giro 2. Por incapacidad parcial permanente, hasta cincuenta mil Derechos Especiales de Giro. 3. Por incapacidad parcial temporal, hasta veinticinco mil Derechos Especiales de Giro 4. Por demora o cancelación injustificada en el vuelo contratado, hasta cuatro mil ciento cincuenta Derechos Especiales de Giro*".

En cuanto a los *Derechos Especiales de Giro* (DEG) originados en el Fondo Monetario Internacional, cabe señalar que su valor es una media equilibrada o ponderada con los valores de las 16 monedas más importantes de los países[104]. Se trata de una formula parecida a la unidad tributaria que presenta valor variable.

Vale recordar que la tasación de la indemnización constituye una forma legal de fijación de los daños pues normalmente la realiza el Juez, eventualmente lo puede fijar las partes mediante la cláusula penal y en ocasiones como la que nos ocupa la misma ley[105]. La limitación cuantitativa de la responsabilidad acontece generalmente en actividades productivas y de servicios que pretende no desalentar tales actividades y posibilita que los daños sean cubiertos mediante seguros de responsabilidad civil[106]. Ciertamente, la ventaja será que se evita la discusión sobre el monto, lo cual cobra sentido en una materia donde los eventos pueden ser relativamente

[104] Belisario Capella, *ob. cit.*, p. 193; Álvarez Oliveros, *El rol del juez en la determinación de la indemnización del daño moral en materia de transporte aéreo...*, pp. 44-47.

[105] Véase *supra* tema 12.2.7.

[106] Alterini, *La limitación...*, pp. 78 y 79, los razonamientos puramente económicos no sirven, pues pueden ser irónicos, si en un mismo accidente sufren lesiones un pobre y un rico, éste tiene mayor lucro cesante que el pobre.

frecuentes. La desventaja vendrá dada porque es factible que no se cubra la reparación total del daño alterando así el principio de pago integral[107].

De seguidas se plantea en el artículo 101 de la citad ley, la responsabilidad por daños a equipaje, carga y correo: "*El transportista aéreo es responsable de los daños causados en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso en la entrega del equipaje facturado, la carga y el correo, en caso de haberse producido a bordo de la aeronave o durante cualquier momento en el que se hallasen bajo la custodia del transportista, dentro de los límites siguientes: 1. Por destrucción, pérdida o avería de la carga o el equipaje facturado, hasta diecisiete Derechos Especiales de Giro, por kilogramo de peso bruto 2. Por retraso en la entrega de la carga, hasta una cantidad igual al precio estipulado para el transporte 3. Por retraso en la entrega del equipaje facturado, hasta cien Derechos Especiales de Giro, de conformidad con las normas que, a tal efecto, dicte la Autoridad Aeronáutica 4. Por destrucción, pérdida o avería del equipaje de mano, generado por causa imputable al transportista, hasta mil Derechos Especiales de Giro. Si la carga o equipaje facturado se transporta conforme a la cláusula de <<valor declarado>>, el límite de la responsabilidad corresponderá a dicho valor. En este caso, el transportador estará obligado a pagar una suma que no excederá el importe de la suma declarada*".

Los artículos 102 y 103 de la Ley de Aeronáutica Civil se refieren a la responsabilidad en el transporte aéreo sucesivo y la responsabilidad en el transporte combinado, respectivamente. El artículo 104 *eiusdem* alude a la responsabilidad del transportista de hecho: "*Cuando el transporte aéreo sea efectuado por un transportista distinto al transportista contractual, ambos serán solidariamente responsables en caso de muerte, lesiones, daño o retraso ante quienes ejerzan tales acciones, sin perjuicio de las acciones de repetición*".

Se aprecia así que las respectivas indemnizaciones por daño material de los artículos 100 y 101 de la Ley especial, están tasadas legalmente por una unidad denominada "Derechos Especiales de Giro". Y al efecto, agrega el artículo 105 *eiusdem*: "*Toda cláusula contractual que exonere al transportista de responsabilidad o fije un límite inferior a lo establecido en esta ley, será absolutamente nula*". La libertad contractual no la define ni el pasajero o usuario ni la aerolínea o transportista aéreo, simplemente la regula la ley por el tipo de operación o servicio que se ofrece, ya que de caer la redacción del contrato en manos del ente privado sin supervisión estatal alguna, podría ocasionar una desprotección jurídica al pasajero[108]. No aplica pues al caso que nos ocupa la autonomía de la voluntad dada la naturaleza de la materia.

---

[107] Véase: *ibid.*, p. 79, la limitación cuantitativa de la responsabilidad es, de alguna manera, desfavorable para la víctima, en la medida que no se le reconoce el derecho a recibir una indemnización plena ordinaria. Parece de sentido común por lo tanto, que para balancearla se prevén otras medidas en favor del damnificado.

[108] Conde Navarro, *ob. cit.*

Si bien los límites de la responsabilidad por daño material están tasados, el artículo 106 de la Ley consagra la "*pérdida del beneficio de la limitación" en caso de dolo o culpa de los directivos o dependientes*[109]. Dicha norma fue referida en la citada sentencia de la Sala Constitucional, que consideró la procedencia del daño moral en la materia cuando se configura un hecho ilícito[110]. Pero la pérdida de la limitación en caso de dolo o culpa se extendería a tenor de la referida norma, inclusive al daño material.

La citada Ley contiene también una norma (art. 108[111]) relativa a la responsabilidad extracontractual del explotador de aeronaves por daños a *terceros en la superficie*[112] con motivo de la operación de aeronaves[113] o como consecuencia de una persona o cosa desprendidas o lanzados de la misma. Tal responsabilidad civil extracontractual por daños en la superficie también constituye una responsabilidad objetiva pues no cabe la demostración de la ausencia de culpa por haber adoptado las medidas necesarias para evitar el daño[114]. Tal responsabilidad amén de objetiva, a falta de referencia de la ley, ha de entenderse ilimitada[115].

Se incluye la responsabilidad por abordaje aéreo, a saber, "*toda colisión o interferencia entre dos o más aeronaves en movimiento*" (art. 110[116]). Se

---

[109] "*Los explotadores del servicio de transporte aéreo no podrán beneficiarse de los límites de la responsabilidad establecidos en esta Ley, si se comprueba que tales daños fueron debido a dolo o culpa de sus directivos o cualquier persona que tome decisiones por ellas, sus dependientes o empleados*".

[110] Véase: TSJ/SConst., Sent. Nº 1126 del 3-8-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Agosto/1126-3812-2012-11-1033.html "en atención al artículo 106 de la Ley de Aeronáutica Civil, según el cual, los prestadores del servicio de transporte no podrán beneficiarse de los límites de responsabilidad **establecidos en esa ley cuando se compruebe que el daño fue ocasionado por dolo o culpa**, que es posible, en ese caso en particular donde el incumplimiento del contratista provino de un hecho ilícito, se acuda a la normativa común (Código Civil)... Esta Sala, con base en los argumentos expuestos, se acoge a esta última, teniendo como dato esencial, el daño, el cual debe ser indemnizado lo más completo posible, aplicando a la responsabilidad contractual prevista en el artículo 1.185 en concordancia con el 1.196 de nuestro Código Civil, referida a la extracontractual, la responsabilidad, por lo que se aparta, en consecuencia, de la tesis dualista sobre dicha responsabilidad".

[111] "*El explotador de aeronaves civiles será responsable por los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie con motivo de la operación de aeronaves o como consecuencia de una persona o cosa desprendidos o lanzados de la misma. Se entiende por operación de una aeronave todo movimiento realizado por ésta bajo la acción directa de sus propios medios de propulsión o sustentación. La persona que opera una aeronave sin el consentimiento del explotador, será responsable de los daños causados a terceros en la superficie. El explotador de una aeronave es solidariamente responsable con la persona que la opera en forma ilegítima por los daños causados a terceros en la superficie, cuando no tomó las previsiones necesarias para evitarlo*".

[112] Véase: Maduro Luyando, *Curso...*, p. 686, por superficie se entiende no sólo la terrestre sino también la marítima o fluvial; Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 87, debe entenderse también los espacios de mar territorial y alta mar.

[113] Véase: Romero Castillo, Edgar: *Responsabilidad por daños ocasionados a terceros en la superficie por causa de la actividad aérea.* Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Carrera de Derecho, 2005, http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2059.pdf

[114] Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 87.

[115] *Ibid.*, p. 88.

[116] Agrega la norma: "*La aeronave está en movimiento: 1. Cuando se encuentran en funcionamiento cualquiera de sus servicios o equipos con la tripulación, pasajeros o carga a bordo. 2. Cuando se*

establece la responsabilidad solidaria por abordaje de los explotadores de las respectivas aeronaves en caso de daños causados a terceros en la superficie por abordaje (art. 111[117]).

4.4. *Prescripción*[118]

Las acciones para reclamar las respectivas indemnizaciones por daños a pasajeros, equipajes o cargas, prescriben a los *tres (3)* años, contados a partir del último día que tiene la empresa para responder la reclamación, según el artículo 107[119] de mencionada Ley especial.

Las acciones relativas al pago por daño a terceros en superficie prescribe a los *tres (3)* años, contados a partir de la fecha de los hechos que lo causaron (art. 109)[120].

La acción para exigir el pago de las indemnizaciones por causa de abordaje igualmente prescribe los *tres (3)* años contados a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos (art. 112).

---

desplaza en la superficie con su propia fuerza motriz. 3. Cuando se haya en vuelo. Una aeronave se haya en vuelo desde el momento en que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje. Se considera interferencia cuando se causen daños a aeronaves en movimiento a personas o bienes a bordo de las mismas, por otra aeronave en movimiento, sin que exista verdadera colisión".

[117] "*En caso de daños causados a terceros en la superficie por abordaje, los explotadores de las respectivas aeronaves serán solidariamente responsables del pago de la indemnización, sin menoscabo de las acciones que puedan ejercer los órganos de protección ciudadana*". Véase: Bernad Mainar, *ob. cit.*, T. IV, p. 89, en caso de colisión de dos o más aeronaves en movimiento –abordaje aéreo–, los explotadores de las naves involucradas, responden solidariamente frente a la víctima del pago de las indemnizaciones, a tenor del artículo 111 de la Ley de Aeronáutica Civil.

[118] Véase: Tribunal Superior Marítimo con competencia nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 22-4-09, Exp. 2009-000181 http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/ABRIL/2175-22-2009-000181-.HTML.

[119] "*Todo reclamo por daños causados a los pasajeros, equipajes o carga transportada se hará por escrito a la empresa aérea con acuse de recibo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho, sin menoscabo a la participación a la Autoridad Aeroportuaria la cual dentro de las cuarenta y ocho horas impondrá a la Autoridad Aeronáutica. La empresa deberá responder por el daño dentro de los sesenta días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de llegada a destino, la del día en que la aeronave debería haber llegado o desde la demora o cancelación del transporte aéreo. La acción para exigir el pago de las indemnizaciones por daños causados a los pasajeros, equipajes o carga transportados percibirá a los tres años, contados a partir del último día que tiene la empresa para responder la reclamación.*" Véase sobre dicha norma: Tribunal Superior Marítimo con competencia nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 1-2-10, Exp. 2009-000209, http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/FEBRERO/2175-1-2009-000209-.HTML "Se infiere del artículo citado que cuando se habla de reclamo por daños causados a los pasajeros o cargas transportadas, se está haciendo alusión al menoscabo o pérdida de los efectos materiales y que el reclamo por escrito no está circunscrito a otros daños resarcibles, como en la presente causa, es el daño moral".

[120] "*La acción para exigir el pago de las indemnizaciones por daños a terceros en la superficie prescribirá a los tres años, contados a partir de la fecha de los hechos que los causaron*". Véase ley anterior que establecía una año (1) de prescripción: TSJ/SCC, Sent. 12-4-05, J.R.G., T. 221, pp. 499 y 500, aplicación preferente del lapso de prescripción de la acción de daño a terceros establecida en el artículo 54 de la Ley de Aviación Civil. No resulta aplicable al asunto la prescripción de diez (10) planteada en el artículo 1977 CC.